

Cecilia Bailliet

**Grensen mellom asyl
og beskyttelse på humanitært grunnlag**

Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 6/2004

Innholdsfortegnelse

Hovedoppsummering	1
1. Innledning	5
1.1 Formål.....	5
1.2 Metode	6
1.3 Oversikt over rapporten	12
2. Tolkning av lovens ordlyd (Plain Face)	14
2.1 Behovet for inkorporasjon av ordlyd.....	14
2.2 Henvisning til internasjonale konvensjoner/standarder med hensyn til asyl.....	15
Anbefaling:	20
2.3 Humanitær beskyttelse	22
Anbefaling:	27
2.4 Sterke menneskelige hensyn.....	28
Anbefaling:	34
3. Bevisstandard	35
Anbefaling:	40
4. Bevis	42
Anbefaling:	49
4.1 Troverdighet	50
Anbefalinger:	58
5. Forfølgelse	61
5.1 Begrepet forfølgelse:	61
Anbefaling:	64
5.2 Oversikt over anførte menneskerettsbrudd i sakene.....	65
5.3 Henvising til internasjonal menneskerettslovgivning for å identifisere forfølgelse i norsk praksis	68
5.3.1 Generell bakgrunn.....	68
Anbefaling:	76
5.3.2 Konvensjonens anvendelse på barns rettigheter i forfølgelsesvurderingen	77
Anbefaling:	80
5.4 Tidligere forfølgelse	81
Anbefaling:	86
5.5 Forfølgelse fra ikke-statlige aktører	86
Anbefaling:	90
5.5.1 Effektiv beskyttelse.....	91
Anbefaling:	96
5.6 Forfølgelse i konfliktområder	96

	Anbefaling:	99
5.7	Tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.....	99
	Anbefaling:	105
5.8	Retur: Menneskerettigheter i etter-bosettings-situasjoner.....	105
	Anbefaling:	109
6.	Årsakssammenheng.....	112
6.1	Sosial gruppe	113
	Anbefaling:	131
6.2	Politisk mening.....	132
6.2.1	Politisk mening kontra politisk aktivitet.....	132
6.2.2	I søkelyset	134
6.2.3	Tillagt politisk mening.....	138
	Anbefaling:	146
6.3	Rase, nasjonalitet og religion	147
	Anbefaling:	150
6.4	Militærnektene	150
	Anbefaling:	157
7.	Bruk av det interne fluktalternativet i forbindelse med intern tvangsforflytning.....	158
	Anbefaling:	162
8.	Eksklusjonsklausuler.....	164
	Anbefaling:	166
9.	Opphørsklausuler	169
	Anbefaling:	178
10.	Blandede motiver og aldersskjevhet	179
	Anbefaling:	181
11.	Klipp-og-lim-teknikk i standard svar	182
	Anbefaling:	192
12.	Avsluttende bemerkninger.....	194
	Anbefaling:	198
13.	Konklusjon	199
13.1	Konklusjoner om den lave asylandelen.....	199
13.2	Konklusjoner vedrørende valg av humanitær beskyttelse istedenfor asyl.....	201
14.	Sammendrag av anbefalinger for juridisk og systemmessig reform	206
14.1	Anbefalinger for juridisk reform	206
14.2	Sammendrag av anbefalingene.....	210
	Litteraturliste.....	214
	Saker til sammenligning	218

Hovedoppsummering

Denne undersøkelsen er basert på en gjennomgang av 300 saker utvalgt av utlendingsmyndighetene, som fungerte som representative prøver av hele klientportefølgen i perioden 1998-2003.

Utfordringen med å opprettholde standardene i flyktningekonvensjonen (1951-konvensjonen) og andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter krever reform av det lovmessige rammeverket og de supplerende forskrifter. Det krever likeledes økt samarbeid mellom de ulike institusjoner som behandler flyktningespørsmål, i tillegg til å forbedre utdanning innenfor menneskerettigheter og flyktningerett for saksbehandlere og advokater. Dertil kreves det også et minsket eksternt effektivitetspress med tanke på produksjon av beskyttende vedtak.

”Gråsonen” mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag er en følge av flere faktorer:

Med hensyn til utlendingsloven og tilhørende forskrifter om ikrafttredelse fant undersøkelsen ut at loven var uklar: ordlyden av ”flykningedefinisjon” i artikkel 1 av 1951-konvensjonen mangler og den normative terminologi forble udefinert.

Undersøkelse av sakene avdekket mangel på en systematisert tilnærming til ”forfølgelse”, delvis basert på tendensen til å stole på tidligere praksis istedenfor den faktiske utvikling innen teori og praksis om menneskerettigheter og flyktningerett:

For det første var det begrensede henvisninger til menneskerettighetsinstrumenter (men dette syntes å bli bedre i 2003).

For det annet; anerkjennelse av menneskerettigheter med fokus på jus cogens-rett (og fra disse er det ingen derogasjon), og det forelå begrensede kumulative analyser av menneskerettigheter.

For det tredje er det mindre sannsynlighet for at forfølgelse utført av ikke-statlige aktører anses å danne grunnlag for asyl og derfor mer sannsynlig at det blir tillagt sekundær status. På lignende måte er forfølgelse som finner sted i sammenheng med generalisert vold eller annen konflikt, ikke fått innvilget asyl, men i steden beskyttelse på humanitært grunnlag.

For det fjerde; manglende anerkjennelse av blandede motiver for forfølgelse (straff og forfølgelsesgrunn) var en annen faktor som begrenset inn-

vilgelse av asyl.

For det femte endte tidligere forfølgelse ofte med at det ble innvilget beskyttelse på humanitært grunnlag fremfor asyl, uavhengig av potensielt bevis for trussel om fremtidig forfølgelse eller mulig relevans til anvendelse av et unntak for sterke menneskelig hensyn.

For det sjette gjør opprettholdelsen av en komparativ standard, som krever bevis om at de er mer utsatt for forfølgelse enn andre, at anerkjennelse av asyl blir vanskelig.

Begrepet "tortur eller grusom, umenneskelig, eller nedverdiggende" behandling avdekket et gap i anvendelsen på grunn av manglende omfattende retningslinjer og sprikende tillit til fremlagte bevis (inkludert medisinske og psykiatriske beviser). Til en viss grad så det ut som om kriteriene for beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn krevde mindre vurdering enn grunner for rettslig beskyttelse. Dette kan derfor delvis forklare hvorfor beskyttelse på humanitært grunnlag blir foretrukket fremfor asyl.

Henvisning til beskyttelseskategoriene i 1951-konvensjonen dekker et snevert område, og "politisk mening" synes å bli prioritert fremfor de øvrige kategoriene, selv om den likevel er tolket innskrenkende. "Sosial gruppe" er ansett for å være en fleksibel kategori og særlig anvendbar på sårbare grupper slik som kvinner. Denne kategorien blir likevel anvendt på en begrenset måte. Dette gjør det vanskelig å etablere en forbindelse med forfølgelsen slik at asyl kan innvilges.

Mangel på harmonisering av bevisbyrde-standarder i asylvedtak er blant hovedgrunnene for innvilgelse av sekundær-beskyttelse, noe som står i motsetning til non-refoulement-analyse som er relevant for humanitær beskyttelse, i tillegg til at den bidrar til en opprettholdelse av en høy bevisbyrde.

En annen viktig faktor er sammensmeltingen mellom troverdighetsvurderingen og beskyttelsesvurderingen. Asyl blir oftere innvilget til høyst troverdige søkere, mens saker hvor det hersker tvil om troverdighet eller risiko til en søker leder til innvilget humanitær beskyttelse.

Problemer knyttet til bevis kompliserer avgjørelsen: For det første, en delvis fremleggelse eller bevisvurdering. For det annet, delvis identifisering gjort av advokater og saksbehandlere når det gjelder beskyttelsesspørsmål og standarder. For det tredje, mangel på bekreftende bevis i områder hvor dokumentasjonen er begrenset av sikkerhetsmessige grunner, vil begrense internasjonale organisasjoners og NGOers adgang. For det fjerde, sam-

mensmelte argumenter fremlagt av advokater og NGOer når det gjelder asyl og humanitær beskyttelse.

Bruk av standardsvar utformet for utelukkelse av asyl fremmer også valget av beskyttelsesstatus.

Sakene avdekket forvirring om blandede motiver for flukt (hvor frykt for forfølgelse er kombinert med økonomiske motiver) i tillegg til en aldersbasert skjevhet når det gjelder å innvilge asyl til personer som risikerer kjønnsforfølgelse, uavhengig av at det foreligger et felles beskyttelsesbehov. Eksisterende praksis vedrørende visse grupperinger (basert på nasjonalitet eller sårbarhetsstatus) resulterer oftere med innvilgelse av humanitær beskyttelse fremfor asyl som er basert på spesielle, individuelle forhold.

Begrensede henvisninger til virkninger av forfølgelse som ikke er avhjulpet, tilstedeværelsen av nye trusler i etter-bosettings situasjoner, sprikende bruk av "internt fluktalternativ" med særlig hensyn til situasjoner som omfatter interne tvangsflyttingssituasjoner, er tilleggsproblemer som bidrar til å holde en lav asylandel.

Det synes å være en tendens til å stole formalistisk på tilstedeværelsen av internasjonale organisasjoner for å rettferdiggjøre manglende funn på beskyttelsesbehov.

Det er et behov for større åpenhet i saksbehandlingen. At vurderingen ikke blir plassert bak innvilgelse av asyl eller humanitær beskyttelse i selve vedtaket er et brudd på fundamentale rettssikkerhetsprinsipper og hemmer forståelsen av beskyttelseskriterier blant advokater, søkere og samfunnet ellers.

Det er et behov for økt kommunikasjon, både internt og mellom de ulike institusjonene, særlig med tanke på at de enkelte avdelinger har ulik praksis innenfor de samme beskyttelsesspørsmål, i tillegg til at det også er forskjell mellom UDI's og UNE's asylpolitikk. Til sist øver både politiske aktører og medier et vesentlig effektivitetspress på utlendingsinstitusjonene vedrørende vedtakenes kvantitet, og reduserer derved saksbehandlernes evne til å forbedre beskyttelsesvurderingen.

Selv om det er viktig å fremheve områder som kan forbedres, er det like viktig å erkjenne at saksbehandlerne har en viktig funksjon i samfunnet. De tar sitt arbeid alvorlig og fortjener respekt for sin profesjonalitet. Å gi beskyttelse til de som trenger det er en hederlig oppgave; deres bestrebelser søker å avhjelpe menneskers dårlige kår som surrogat for sviktende opprinnelsesstater. Saksbehandlerne og de institusjoner de jobber for fortjener i

lys av dette en større grad av respekt i samfunnet.

Denne rapporten gir anbefalinger for juridiske- og systemreformer for å minske "gråsonen" mellom asyl og beskyttelse på humanitært grunnlag.

1 Innledning

1.1 Formål

Denne undersøkelsen kom i stand på grunn av bekymring over Norges lave asylandel, sett i lys av forpliktelsen etter Konvensjon om flyktninger stilling (1951-konvensjonen).¹ Det var et spesielt behov for å undersøke hvorfor utlendingsmyndighetene oftere innvilget beskyttelse på humanitært grunnlag enn asyl. Vi undersøkte om det skyldtes manglende klarhet eller omfang i loven. Blir den tolket innskrenkende eller finnes det andre faktorer som påvirker implementeringen av beskyttelses-standarder?

Vi forsøkte også å vurdere hvorvidt vedtakene som ble truffet av Utlendingsdirektoratet (UDI) og Utlendingsnemnda (UNE) var i samsvar med det internasjonale juridiske rammeverket. Dette rammeverket består av Konvensjonen om flyktninger stilling av 1951, menneskerettighetskonvensjonene, inter alia, Verdenserklæringen om menneskerettigheter (UDHR), Den europeiske konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og de grunnleggende fritheter (EMK), FNs konvensjon mot tortur (CAT), FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering (CERD), FNs konvensjon om å avskaffe diskriminering av kvinner (CEDAW), FNs konvensjon om barnets rettigheter (CRC), Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (ICCPR), og Den internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ICESCR) og humanitærlovgivning (inter alia Genèvekonvensjonene med tilhørende protokoller), så vel som statutter som etablerer Den internasjonale straffedomstolen (ICC). Vi refererte til relevant "soft law", sammenlignbar lovgivning samt saker fra internasjonale overvåkningsorganer, slik som Komiteen mot tortur og Den europeiske menneskerettighetsdomstol.

Formålet med denne undersøkelsen er å gi veiledning om hvordan UDI og UNE kan heve asylandelen i forhold til de søkere som etter 1951-konvensjonen om flyktingeners stilling fortjener beskyttelse og hvordan man tydeligere skal kunne avgrense disse grunnene mot humanitær beskyttelse. Det er mitt uttrykkelige ønske at denne undersøkelsen blir oppfat-

¹ Konvensjonen om flyktingers stilling, 28. juli 1951, FN serie nr. 2545, Bind. 189, 9..137

tet og anvendt til å gjenspeile mulighetene for utarbeidelse av bedre standarder og forbedret koordinering blant de forskjellige enhetene som er gitt ansvaret for beskyttelse av flyktninger (både statlige og ikke-statlige).

Undersøkelsen består av to rapporter. Den første rapporten er skrevet av Cecilia Bailliet, og gir en generell oversikt over asyllovgivning og saker, og fremhever problemområder som bidrar til å forklare den lave asylandelen og gir forslag til korrigerende standarder, politikk og praksis. Den andre rapporten, ”Implementering av kjønnspektivet i norsk asyllov”, skrevet av Torhild Holth, gir en analytisk vurdering av kjønnsproblemer i asylsøknader og kommer med forslag til utarbeidelse av retningslinjer for å forbedre praksis i denne henseende.

1.2 Metode

En av begrensningene i undersøkelsen er nettopp den lave andelen av innvilgede asylsøknader. Selv om vi forsøkte å oppnå en lik inndeling av saker mellom asyl, humanitær beskyttelse og avslag, var dette ikke mulig fordi det var flere av de sistnevnte kategorier. Til tross for dette har det vært mulig å fremheve hovedområder som gir opphav til bekymring vedrørende tolkningen av beskyttelsesstandarder under asyl og humanitær beskyttelse. Et interessant punkt var utlendingsmyndighetenes valg av saker som ikke utelukkende behandlet ”flyktingelignende” situasjoner, slik som trusler på liv eller sikkerhet, men også de som omtalte helse (psykisk eller fysisk) eller andre sterke, menneskelige hensyn som ikke var relevant for en rettslig beskyttelse. Betegnelsen ”humanitær beskyttelse” kan derfor i store trekk anvendes til å omfatte begge grunner. I undersøkelsen refereres det imidlertid til tillatelse gitt på grunnlag av sterke, menneskelige hensyn i de sistnevnte saker.²

UNHCR henviser til ”komplementær beskyttelse” for begge sakstyper, mens EU benytter termen ”subsidiær beskyttelse” for ”flyktingelignende” situasjoner som fortjener rettslig beskyttelse. Inkludert i sakene som

² Vevstad oppfordrer til en avklaring av dette begrepet. Se Vigdis Vevstad, Beskyttelse av flyktninger: En europeisk utfordring 139 (Aschehoug 1998).

ble lagt frem for undersøkelse var de saker som ble innvilget tillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn etter “15-måneders-regelen”. Regelen gir anledning til å gi personer som ikke har fått avgjørelse av sin asylsøknad innen 15 måneder en tillatelse (se § 21 i Utlendingsforskriften).³

Flere av disse sakene omfattet beskyttelsesspørsmål som ikke fikk en avgjørelse etter formålet, på grunn av anvendelsen av 15-måneders-regelen. Det så derfor ut som om disse sakene gjaldt “gråsonespørsmål” som var relevant for denne undersøkelsen. Vi gjennomgikk ca. 300 saker, ca. 250 fra UDI og ca. 50 fra UNE (UNE-sakene er betegnet som det, alle andre saker er fra UDI). UDI-sakene ble avgjort i perioden 1998 til 2003, og UNE-sakene ble avgjort i perioden mellom 2001 og 2003. I forhold til UNE-avgjørelsene, gjennomgikk vi saker som ble avgjort av en nemndleder (kvalifisert som lekdommer) alene og de saker som ble avgjort som klagesaker i Utlendingsnemnda. Klagesaksbehandlingen er ledet av en nemndleder og to nemndmedlemmer (frivillige). Det vil derfor bli henvist til flertallets mening og mindretallets dissens. Sakene omhandlet følgende land: Afghanistan, Pakistan, Sri Lanka, Irak, Iran, Eritrea, Etiopia, Congo (DRC), Somalia, Sudan, Algerie, tidligere Jugoslavia, Kroatia, Colombia, Hviterussland og Russland. Vi søkte å oppnå lik kjønnsmessig fordeling, men dette var umulig fordi menn var dominerende i sakene. Vi anmodet utlendingsmyndighetene om å gi oss saker som var representative for asylsakene som de behandlet. De valgte med andre ord gjennomsnitts-saker som representerte de vanligste typer av søknader fra hvert land. Det ble samtidig oversendt noen særlig vanskelige saker for å avdekke “gråsonene” i praksis, og ga oss derved et spenn med beskyttelses-spørsmål.

UDI og UNE valgte ut saker basert på ønskede kriterier fra oss, som gjaldt menneskerettighetsspørsmål, og vi returnerte saker som vi ikke var fornøyd med (de fleste åpenbart grunnløse søknader, Dublin-saker som innebar tilbakeføring av asylsøkere til “første land” eller “sikre tredjeland” for at deres saker skulle bli behandlet i samsvar med EU-systemet, osv.) Saksutvalget var basert på følgende kriterier:

- *Anført: Forfølgelse på bakgrunn av religion,*

³ Tidligere var slik innvilgelse automatisk, nå blir vedtakene fattet individuelt.

- *Anført: Forfølgelse på bakgrunn av rase, nasjonalitet eller etnisitet*
- *Anført: Forfølgelse på bakgrunn av medlemskap i en organisasjon, studentgruppe, yrkestilknytning, fagforening, klan, stamme, kaste eller familie*
- *Anført: Forfølgelse på bakgrunn av politisk overbevisning, til å inkludere tillagt politisk overbevisning og nøytralitet*
- *Anført: Forfølgelse på bakgrunn av brudd på sosiale normer*
- *Anført: Tidligere tortur eller fare for fremtidig tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff (inkludert krenkelse på retten til liv)*
- *Anført: Angrep på individuelle eller grupper i krig eller i interne konflikter (spenner fra individuelle handlinger til etnisk rensing)*
- *Anført: Intervensjon vedrørende fysisk- eller mental integritet*
- *Anført: Vilkårlig arrestasjon, fengsling eller landsforvisning*
- *Anført: Krenkelse av retten til eiendom*
- *Anført: Krenkelse av retten til bevegelsesfrihet og valg av bopel*
- *Anført: Krenkelse av retten til kulturell tilknytning*
- *Anført: Krenkelse av sosiale- og økonomiske rettigheter, inkludert rett til mat, hus, helse, etc.*
- *Anført: Diskriminering vedrørende utdanning eller jobb*
- *Anført: Forfølgelse utført av ikke-statlige aktører*
- *Anført: Krenkelse av retten til frihet og personlig sikkerhet*
- *Anført: Tvangsrekruttering utført av statlige eller ikke-statlige aktører*
- *Anført: Krenkelse av rett til lik beskyttelse etter loven, rett til effektiv hjelp av domstolene eller likhet for loven*

Vi anmodet videre UDI og UNE til å oversende saker som kunne belyse følgende spørsmål, som vi trodde ville bidra til å avdekke “gråsonen”:

1. *Hvilke typer brudd på menneskerettigheter fører til innvilgelse av asyl i motsetning til beskyttelse på humanitært grunnlag? Undersøker saksbehandlere omfanget, varigheten og diskriminerende virkninger av et brudd for å identifisere forfølgelse? Har det blitt utført en kumulativ analyse av rettigheter?*
2. *I hvilket omfang henviser utlendingsmyndighetene til menneskerettighets-instrumenter og / eller humanitærlovgivning når de vurderer en sak og fatter et vedtak? Identifiserer de relevante beskyttelsesspørsmål og henviser de til hensiktsmessige standarder?*
3. *Identifiserer saksbehandlere saker som omfatter individuell eller gruppeforfølgelse i konfliktsituasjoner / etter-bosettings-situasjoner?*
4. *Av de fem beskyttelses-kategorier som 1951-konvensjonen inneholder, blir noen mer brukt enn andre?*
5. *Bruker saksbehandlere en sammmnelignende eller ikke-sammenlignende tilnærming når de behandler søknader?*
6. *Blir asyl gitt til personer som står overfor forfølgelse fra ikke-statlige aktører? I hvilket omfang har staten (eller ikke-statlige aktører slik som stamme eller internasjonal organisasjon) de facto evne og vilje til å beskytte ofre og gi effektive bøtemidler tatt i betraktning?*
7. *Foreligger det problemer med hensyn til implementeringen av bevisstandarder i asylsøknader?*
8. *Gjør advokater følgende oppgaver: skaffer til veie den nødvendige bekreftende dokumentasjon, identifiserer beskyttelsesspørsmål, er tilstede ved intervjuer, siterer menneskerettighetsinstrumenter og gir fullstendig argumentasjon?*
9. *Tar saksbehandlere i betraktning alle beviser når dette fremlegges? Svarer de på anførsler / spørsmål reist av advokater? Har fravær av bekreftende bevis følger for søknaden? I hvilket omfang er bakgrunns-sammenhenger tatt i betraktning?*
10. *Lar saksbehandlerne tvilen komme søkeren til gode? Blir beslutningen om beskyttelse påvirket av troverdighetsvurdering?*

11. I hvilket omfang blir medisinsk/psykiatrisk bevis om post-traumatisk stress syndrom eller tortur / voldtekt fremlagt og tatt hensyn til?
12. Gjenspeiler beslutninger vurderingen bak beslutningen – blir det klart for advokaten og søkeren hvordan beslutningen ble truffet?
13. Hvordan blir forfølgerens motiver for å utpeke offeret og søkerens fluktmotiver vurdert?
14. Hvilken rolle spiller anført forfølgelse i asylavgjørelsen?
15. Finnes det noe praksis som påvirker resultatet av søknaden, for eksempel med hensyn til en utvalgt nasjonalitet eller gruppe (slik som barn uten ledsager), osv.
16. Blir 1951-konvensjonen anvendt på en diskriminerende måte?

Med hensyn til rapporten ”Implementering av kjønnsperspektivet i norsk asyllov”, ble følgende kriterier fremhevet for saksutvelgelse (henvisninger til noen av disse saker er også inkludert i denne rapporten):

- *Anført: seksuelle overgrep eller fare for slikt*
- *Anført: forfølgelse pga. liberale holdninger / overtredelse av sosiale normer – eks. påkledning, manglende religiøs tilknytning, status som enslig, barn utenfor ekteskapet osv.*
- *Anført: vold i familien*
- *Anført: fare for tvangsabort, tvangssterilisering*
- *Anført: forfølgelse pga motstand mot tvangsekteskap, kvinnelig kjønnslemlestelse*
- *Anført: fare for æresdrap*
- *Anført: statlig diskriminering gjennom for eksempel nektelse av rett til helse, utdanning, arbeid (”diskriminering innenfor økonomiske og sosiale rettigheter”)*
- *Anført: forfølgelse pga mannlig familiemedlems politiske aktivitet eller tilknytning*
- *Anført: forfølgelse fra ikke-statlige aktører*

Listen over spesifikke spørsmål som er behandlet er inkludert i rapporten om kjønnsperspektivet.

I den statistiske undersøkelsen ble det registrert 171 saker som innvilget asyl eller humanitær beskyttelse (100 menn og 71 kvinner). Disse ble vurdert til å etablere tilstedeværelsen av en beskyttelseskategori under 1951-konvensjonen og anførte/implisitte brudd på menneskerettigheter (tidligere og fremtidige). Vi kategoriserte de relevante beskyttelseskategoriene eller de anførte/implisitte menneskerettigheter fordi advokatene, NGOene eller saksbehandlerne ikke alltid identifiserte disse. Resterende saker var avslagssaker som til å begynne med ble registrert på samme måte. Drøftelsen av disse sakene er imidlertid i denne rapporten begrenset til en kvalitativ analyse, som er ment som et supplement til drøftelsen av hvorfor asyl ikke er innvilget. Dette fordi hovedspørsmålet var grensen mellom asyl og humanitær beskyttelse. Den statistiske undersøkelsen tjener derfor bare til å fremheve gråsonen mellom asyl og humanitær beskyttelse. Det er viktig å merke seg at intensjonen ikke nødvendigvis er å påpeke rettslige feil, men snarere å påpeke behovet for en systematisert analyse av rettigheter samt klarhet i drøftelsen av argumenter og avgjørelser for å minske “gråsonen” mellom asyl og humanitær beskyttelse. Det bør legges merke til at det kan være flere henvisninger til enkelte saker fordi de inneholder forskjellige spørsmål.

I tillegg til henvisningene til UDI- og UNE-saker kontrollerte vi også interne rapporter om relevante beskyttelsesspørsmål og standardbegrunnelser som UDI benyttet. For å gi en forståelse av hvordan politikk og praksis måler seg med internasjonale standarder, gjennomgikk vi rapporter fra De forente nasjoners høykommissær for flyktninger (UNHCR), Det europeiske rådet for flyktninger og landflyktige (ECRE) og Det europeiske juridiske nettverk for asyl (ELENA), henviste til avgjørelser truffet av internasjonale overvåkningsorganer for menneskerettigheter, i tillegg til litteratur om flyktningerrett, menneskerettigheter og humanitærlovgivning. Rammeverket som danner det teoretiske grunnlaget for undersøkelsen er Von Sternberg, Bayefsky, Fitzpatrick og Van Kierkan’s anerkjennelse av samspillet av internasjonal menneskerettighetslovgivning, internasjonal humanitærlovgivning, internasjonal straffelovgivning, og flyktingelovgivning til å trekke

opp standarder for beskyttelse eller eksklusjon av flyktninger.⁴ Tatt i betraktning av gjennomgått saksmengde i løpet av den korte tidsperioden, (forfatteren ble gitt åtte måneder til å gjennomgå 300 saker og skrive rapporten), streber denne undersøkelsen etter en praktisk presentasjon av spørsmål og sammenlignende vurdering, og gir anbefalinger for politikk/juridisk reform så vel som å fremheve emner som fortjener nærmere undersøkelse.

Vi utførte ustrukturerte intervjuer med ledere for asylavdelingene i UDI og UNE, og ble i tillegg gitt innsikt fra saksbehandlerne som oversendte sakene som skulle gjennomgås. Forfatteren tar det fulle ansvar for vurderingen av systemfunksjoner. Skyld for eventuelle feil faller derfor på meg alene.

1.3 Oversikt over rapporten

For å fremheve behovet for reform slik at det blir et bedre rammeverk, og for å fjerne uklarhet i tolkningen og anvendelsen, har standardene for asyl og humanitær beskyttelse blitt drøftet og sammenlignet med andre modeller i kapittel 2. Denne gjennomgangen blir fulgt av en kvalitativ og kvantitativ vurdering av rettspraksis. Meningen med dette er å undersøke “gråsonen” mellom asyl og humanitær beskyttelse. Undersøkelsen viser også eksempler fra saker som har blitt gitt humanitær beskyttelse eller beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn, som isteden kunne ha blitt innvilget asyl. Saker som kunne ha blitt innvilget asyl blir ofte nedgradert til en lavere beskyttelses-status. Kapitlene 3 og 4 vurderer rollen som bevis-

⁴ Anne F. Bayefsky og Joan Fitzpatrick (Eds.) *Menneskerettigheter og tvangsforflytning* (Martinus Nijhoff Publishers 2009), Peter J. Van Krieken, *Flyktningelov i sammenheng: Eksklusjonsklausul* (T.M.C. Asser Press 1999), Mark R. Von Sternberg, *Grunnene for beskyttelse av flyktninger i sammenheng internasjonale menneskerettigheter og humanitærlov* (Martinus Nijhoff Publishers 2002). Se også Richard Plender QC og Nuala Mole, “Utover Genèvekonvensjonen: Opprettelse av de facto rett til asyl fra internasjonale menneskerettigheter” i Francis Nicholson og Patrick Twomey, *Flyktningenes rettigheter og realiteter* (Cambridge University Press 1999) og Vigdis Vevstad, *Beskyttelse av flyktninger: En europeisk utfordring* (Tano Aschehoug 1998).

standard og troverdighetsvurderingen spiller i avgjørelsen om en søker får innvilget asyl eller humanitær beskyttelse. Foruten dette synliggjøres også flere gap som bidrar til eksistensen av en “gråsoner” mellom asyl og humanitær beskyttelse innenfor fremleggingen og behandlingen av bevis. Kapittel 5 drøfter mangelen på klarhet når det gjelder begrepene “forfølgelse” og “tortur eller grusom, umenneskelig, nedverdiggende behandling”, og avdekker derfor behovet både for rettslig reform for å identifisere omfanget av slike termer og systemstøtte i form av utdanning i menneskerettigheter og annen relatert kompetanse. Behovet for vurdering av nye forfølgelses-trusler eller følgene av tidligere forfølgelse i etter-bosettings situasjoner som forblir uavhjulpet, blir også presentert. Kapittel 6 drøfter beskyttelseskategoriene og avdekker hvordan en snever tolkning av “politisk mening” og begrenset bruk av “sosial gruppe” reduserer anerkjennelse av asyl, fordi det er mindre sannsynlig at det vil bli etablert en forbindelse til forfølgelsen. Kapittel 7 vurderer variabel bruk av interne fluktmuligheter i situasjoner som omfatter intern tvangsforflytning, som begrenser innvilgelse av asyl. Kapitlene 8 og 9 vender tilbake til spørsmålet om implementering av flyktingedefinisjonen ved å drøfte eksklusjon og bortfallsklausuler. Det hevdes at mangel på henvisning til unntaket fra bortfallsklausulen også har en negativ virkning for asyl, særlig med hensyn til unntaksklausulen, 1 C 5, som drøfter “tvingende grunner” med hensyn til tidligere forfølgelse. Kapitlene 10 til 12 antar at det foreligger organisatoriske problemer som begrenser anerkjennelse av asyl, dvs. forvirring med hensyn til forekomsten av blandede motiver for flukt (frykt for forfølgelse + økonomiske interesser), en foreliggende aldersskjevhet i avgjørelsesprosessen i forhold til kjønnsforfølgelse, bruk av standardsvar som er lagt opp til eksklusjon, manglende tillit blant saksbehandlerne på grunn av begrenset utdanning innenfor menneskerettigheter samt eksternt produktivitetspress fra politiske aktører og medier med hensyn til antall avgjørelser istedenfor beskyttelsesvurderingens kvalitet.

I sum er kommentarene om UDI’s og UNE’s praksis ment å påvise områder der tolkningen av loven og et samarbeid mellom de forskjellige aktører (som arbeider med og som påvirker asylspørsmål, slik som statsenheter, NGO’er, advokater, myndigheter, internasjonale organisasjoner og medier) kan forbedres for å sikre implementeringen av 1951-konvensjonen og forminske “gråsonen” mellom asyl og humanitær beskyttelse. I det neste kapittel vil lovens klarhet og omfang gjennomgås, og det blir fremlagt forslag til en rettslig reform.

2 Tolkning av lovens ordlyd (Plain Face)

2.1 Behovet for inkorporasjon av ordlyd

Ett problem angående den praktiske virkningen av Utlendingsloven av 1988, er at selv om den inkorporerer 1951-konvensjonen art. 1 A, inneholder den ingen eksplisitt definisjon av ”flyktning”. Den inneholder kun en henvisning i § 16: “Flyktning etter loven er utlending som går inn under flyktningekonvensjonen av 28. juli 1951 art.1A, jfr. protokoll 31. januar 1967.” Saksbehandlerne kan bli mindre fortrolige med beskyttelseskategoriene når de ikke er en del av lovens ordlyd. UNE plasserer definisjonen på toppen av sine vedtak, og letter derved henvisningene til denne i sin vurdering. UDI-vedtakene plasserer ikke alltid definisjonen i vedtaket. Å endre loven til å omfatte definisjonen i sin helhet kan tjene til å fremme økt henvisning til de forskjellige elementene i forbindelse med identifisering og bevisstandard. Videre, som påpekt av Einarsen og Den norske organisasjon for asylsøkere (NOAS), er den offisielle oversettelse strengere enn den originale “velbegrunnet frykt” fordi den bruker “med rette frykter” istedenfor “velbegrunnet frykt”⁵:

“med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse.”

En oversettelse og inkorporasjon av definisjonen krever altså en endring av den nåværende definisjonen.

⁵ Terje Einarsen, *Flyktningers rettsstilling i Norge* 40 (Fagbokforlaget 1997), Norwegian Organisations for Asylum Seekers, muntlig kommentar av Morten Tjessem, direktør i NOAS til forfatter. Se Kunnskapsforlagets Norsk-Engelsk Blå Ordbok (Aschehoug 1989) – velbegrunnet = well-founded.

Anbefaling:

- *§16 bør endres til å omfatte 1951-konvensjonens definisjon i sin helhet, betinget av at en ny oversettelse inkluderer “velbegrunnet frykt”. KRD’s foreslåtte forskrifter inneholder slik endring men bruker “velgrunnet”.*

2.2 Henvisning til internasjonale konvensjoner/standarder med hensyn til asyl

For å forstå aktuelle utviklingstendenser undersøkte jeg asyllovgivningen til europeiske stater, i tillegg til et utvalgt antall utenfor regionen. De nyeste lovene ble funnet i Sentral- og Øst-Europa. Disse statene fikk assistanse fra UNHCR og EU til en lovreform, og gjenspeiler utviklingen av beskyttelsesteoriene. De mest nyskapende lovene var derfor ikke de i Frankrike og Tyskland, men snarere hos stater som Albania og Slovenia. (Tyskland hadde et forslag til lovreform som skulle omfatte anerkjennelse av ikke-statlige aktører og kjønnsforfølgelse, men den ble ikke vedtatt. Andre reformer eller initiativer fra Storbritannia og Danmark ble av UNHCR og NGO’er karakterisert som motsetninger til beskyttelsesnormer, fordi de søkte å begrense innvilgelse av asyl.⁶)

Når det gjelder “modernisering” av loven med hensyn til asyl, fant jeg to utviklingstendenser blant lover fra andre stater: For det første fant jeg lover som koblet asyl til andre internasjonale konvensjoner, ut over 1951-konvensjonen om flyktnings status eller menneskerettigheter generelt/eller utvalgte standarder; For det andre fant jeg lover som henviste til regionale instrumenter. I det følgende presenterer jeg utvalgte nyskapende og moderne lover som gjenspeiler de nyeste beskyttelses-standarder og som kan anses som mulige modeller for lignende nyskapning i Norge.

⁶ Det tyske lovforslag finnes på UNHCR’s webside <http://www.unhcr.ch>, sammen med de danske reformer (se UNHCRs Kommentar til Danmarks lovforslag om å endre Utlendingsloven, Ekteskapsloven og andre lover (18. mars 2002). Angående Storbritannias reformer, se British Refugee Council, Lov om Statsborgerskap, immigrasjon og asyl: Endringer til asylsystemet i Storbritannia (desember 2002) som finnes på <http://www.refugeecouncil.org.uk>.

Det mest åpenbare eksempel på en lov som kobler asyl til instrumenter utover 1951-konvensjonen er Lov om asyl i republikken Albania (Law on the Asylum of the Republic of Albania), Kapittel 1, artikkel 1:

“Ifølge denne loven skal republikken Albania anerkjenne retten til asyl og midlertidig beskyttelse for alle utlendinger som har behov for internasjonal beskyttelse, uansett om de er flyktninger eller andre personer som søker asyl i overensstemmelse med bestemmelsene i denne loven og de internasjonale konvensjonene som Albania har sluttet seg til.”

Artikkel 2 sier at “. . . Asyl betyr de rettigheter og plikter stipulert i Genèvekonvensjonen angående status av flyktninger av 28. juli 1951 og New York-protokollen av 1967, i internasjonale avtaler som Albania har sluttet seg til . . .” Dette åpner muligheten for henvisning til menneskerettsinstrumenter, humanitærlov-instrumenter osv. for å skape rom for utvikling av tolkningen av beskyttelsesstandarder og for å møte realitetsendringer i utviklingen av forfølgelses- og beskyttelsesbehov uten å åpne døren for åpenbart grunnløse søknader⁷. Dette gir en interessant modell som kan vurderes for arbeidet med endring av norsk lov.

En annen mulighet er å opprette en særskilt personkategori som fortjener asyl koblet til menneskerettigheter, ut over de som dekkes av 1951-konvensjonen. Tradisjonelt var begrepet asyl koblet til politiske aktivister, og dette er grunnen til at Frankrikes og Tysklands grunnlover anerkjenner rett til asyl for personer som ble forfulgt for å utøve politiske rettigheter. Disse instrumentene var imidlertid begge endret for å gi anledning til begrensninger basert på det europeiske systemet for behandling av asylsøknader:

Tyskland art. 16 a:

“1. Personer som er forfulgt av politiske grunner skal ha rett til asyl.

2. Paragraf (1) i denne artikkelen skal ikke påberopes av en person som kommer til det føderale territoriet fra en medlemsstat i det europeiske felleskapet eller fra en tredje stat hvor anvendelsen av Kon-

⁷ Direkte henvisning er gjort til Konvensjonen mot tortur, Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, Konvensjonen om barnets rettigheter, eller andre internasjonale instrumenter for å begrunne en ordre om midlertidig beskyttelse (til å omfatte ikke-utvisning / bortvisning) i Artikkel 5.

vensjonen om flyktningestatus og Konvensjonen for beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter blir sikret . . .

(Den anerkjenner videre vilkår for lister over sikre land, åpenbart grunnløse søknader og Statens rett til å følge opp avtaler med tredje stater til å behandle asylsøknader).

Frankrike, Grunnloven av 4. oktober 1958

Artikkel 53-1:

“Republikken kan med europeiske stater, som er bundet av forpliktelser som er identiske med sine egne angående asyl og beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, slutte avtaler som bestemmer deres respektive jurisdiksjoner angående behandling av søknader om asyl som blir fremlagt overfor dem.

Selv om ikke søknaden faller innenfor deres jurisdiksjon i forhold til disse avtaler, skal imidlertid myndighetene i republikken fortsatt være bemyndiget til å innvilge en utlending som blir forfulgt på grunn av sine handlinger i streben etter frihet, eller som søker beskyttelse fra Frankrike av andre grunner asyl.”

(Dette er en klausul som gir staten anledning til å holde på jurisdiksjonen i en sak til tross for Dublin-konvensjonen)

På lik linje med den franske modellen gir den Tjekkiske republikks ”lov nr. 325 om asyl” asyl til personer som er “forfulgt for utøvelsen av sine politiske rettigheter og friheter” eller 1951-standardens.⁸ Nyere lover har utvidet asylbegrepet fra å omfatte politisk aktivisme til menneskerettighets-virksomhet. Jfr. den bulgarske lov om flyktninger som gir asyl til “utlendinger som blir forfulgt på grunn av sine overbevisninger eller virksomhet i beskyttelse av internasjonalt anerkjente rettigheter og friheter” – og fremhever derfor individer som menneskerettighetsforkjempere som fortjener beskyttelse fra det internasjonale samfunn. På samme måte er Portugals Lov nr. 15 virkelig nyskapende fordi den anerkjenner rett til asyl for personer som er forfulgt “på grunn av aktivitet. . . for demokrati, sosial og nasjo-

⁸ Av interesse er at den definerer forfølgelse som å bety “fare for livet eller frihet så vel som tiltak som forårsaker psykisk press eller annen lignende behandling dersom utført, støttet eller tolerert av myndighetene. . . eller dersom slikt land ikke har evnen til å sikre beskyttelse mot slik behandling på en tilstrekkelig måte”.

nal frihet, fred blant mennesker, frihet og rett som menneske” i tillegg til 1951-konvensjonsstandarder. I forfatterens øyne er det unødvendig å gi aktivister, enten de er politiske- eller menneskerettighetsaktivister, en særlig beskyttelse etter 1951-konvensjonen på grunn av den nyere tendensen til å fremme en bredere tolkning av definisjonen slik at disse personene faller inn under sosial gruppe eller politisk mening.

Et tredje alternativ er å endre loven eller kommentaren til loven ved å kryss-henvisne til spesifikke standarder eller instrumenter, særlig de som påvirker sårbare kategorier, som for eksempel barn. Når det gjelder flyktningebarn, ble det Canadiske flyktningeråd instruert til å vurdere “barnets beste” (art. 3 i CRC) når de vurderte en søknad fremlagt av en mindreårig, i tillegg til at relevansen av menneskerettighetsinstrumenter skulle tas i betraktning til å inkludere CRC, for å vurdere om skadenivået kunne anses som forfølgelse. På samme måte står det i den svenske utlendingsloven at “i saker hvor et barn er involvert, skal særskilt oppmerksomhet gis til hva som er påkrevet, tatt i betraktning barnets helse, utvikling og det som er til barnets beste interesser.” Denne teknikken synes å være passende for å fremheve særlige behov hos sårbare kategorier blant flyktninger, slik som barn, eldre, uføre, osv. men har den ulempen at den ikke drøfter den store grupperingens behov eller fremtidige sårbare kategorier som enda ikke er identifisert. Videre spesifikke henvisninger kan gjøres til CRC art. 37 “Intet barn skal utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff”, CRC art. 35: “Partene skal treffe alle egnede nasjonale, bilaterale og multilaterale tiltak for å hindre bortføring og salg av, eller handel med barn til noe som helst formål og på noen som helst måte” for å innvilge humanitær beskyttelse. Det kan tilføyes at CRC’s garantier om rett til liv, overlevelse og utvikling, beskyttelse fra vanskjøttelse og utnyttelse, så vel som forbudet i protokollen om tvangsrekruttering ville gi tilleggsstandarder for asyl eller humanitær beskyttelse. I norsk praksis er henvisning og vurdering av CRC ikke alltid gjennomført i saker som involverer barn. Tatt i betraktning av at utlendingslovens § 4 inkorporerer menneskerettighets-traktater for å garantere utlendingers rettigheter, bør det være større henvisning til dette instrumentet. I forhold til at CRC snart skal inkorporeres i Menneskerettighetsloven, synes en kryss-henvisning til Utlendingsloven å være høyst formålstjenlig.

Utlendingsloven i USA, paragraf 101 (42), fremhever spesifikke menneskerettighetsbrudd, tvangssterilisering eller abort, og kobler dem til

en beskyttelsesgrunn (politisk mening), for derved å oppmuntre til innvilgelse av asyl som mer baseres på vedkommende interesses grunnleggende karakter (rett til personlig sikkerhet, rett til familie) enn det faktiske motivet i den individuelle saken (det kan hevdes at den kinesiske regjering ikke har noen forfølgelses-intensjoner når den fremmer sin ett-barns-politikk):

”en person som er blitt tvunget til å ta abort, tvangssterilisering, eller har vært forfulgt på grunn av at personen har unnlatt eller nektet å gjennomføre slik prosedyre eller for annen motstand mot et tvangsprogram, skal anses for å ha vært forfulgt på grunn av politisk mening, og en person som har en velbegrunnet frykt for at han eller hun skal bli tvunget til å gjennomføre slik prosedyre eller bli utsatt for forfølgelse for slik forsømmelse, nektelse eller motstand, skal anses for å ha en velbegrunnet frykt på grunn av politisk mening.”

I EU skal definisjonen av flyktning bety:

“ . . . borger av en tredje nasjon, som på grunn av en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk mening eller medlemskap i en bestemt sosial gruppe, er utenfor nasjonalitetslandet, og ikke er i stand til, og på grunn av slik frykt, ikke er villig, til å søke beskyttelse i det landet, og en statsløs person som er utenfor landet hvor han eller hun hadde sitt tidligere vanlige opphold for de samme grunnene som ovenfor beskrevet, ikke er istand til, eller på grunn av slik frykt, ikke er villig til å returnere dit, og som ikke faller under art. 14 (om eksklusjon). ”⁹

Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter art. 18 bekrefter at “Asylretten sikres under iakttagelse av reglene i Genèvekonvensjonen datert 28. juli 1951 og protokoll datert 31. januar 1967 om flyktnings rettsstilling og i overensstemmelse om opprettelse av Det europeiske fellesskap.” Det er i regionen derfor en anerkjennelse av at definisjonen i 1951-konvensjonen skal forbli hjørnesteinen for asyl. Motsetningsvis har stater i andre regioner opptatt utvidende regionale definisjoner, som går ut over 1951-konvensjonen. For eksempel inneholder Flyktningeloven i Belize en flyktningsdefinisjon som inkorporerer både 1951-konvensjonen og det som er inntatt i Organisasjonen av afrikansk enhet, konvensjonen (OAU) vedrørende de spesifikke aspekter av flyktningeproblemer i Afrika (1969), art 4(1):

⁹ Europarådets forslag om et direktiv om minimumsstandarder for kvalifisering og status av statsborgere fra tredjeland og statsløse personer som flyktninger, eller som personer som ellers trenger internasjonal beskyttelse.

“at han på grunn av ekstern aggresjon, okkupasjon, utenlandsk herrdedømme eller hendelser som forårsaker alvorlige forstyrrelser i den offentlige orden, enten i en del av eller hele opprinnelses- eller nasjonalitetslandet, er tvunget til å reise fra sitt sted eller vanlige bolig for å søke tilflukt.”

Dette tillater et bredere spenn av beskyttelse for å behandle spørsmål om manglende intern stabilitet, som ofte er årsaken til tvangsforflytning. Det columbianske Dekret nr. 1598 omfatter en flykningedefinisjon som inneholder standarden i 1951-konvensjonen og definisjonen i den karta-genske Deklarasjonen om flyktninger (1984):

“som har flyktet fra landet sitt fordi livet, sikkerheten eller friheten er truet av generalisert vold, utenlandsk aggresjon, intern konflikt, massive brudd på menneskerettigheter eller andre forhold som har forårsaket alvorlige forstyrrelser i den offentlige orden.”

I norsk lov er disse vide kategoriene behandlet under humanitær beskyttelse, og jeg har derfor behandlet dem i neste avsnitt.

Selv om Norge anvender humanitær beskyttelse for å utvide beskyttelsen av menneskerettighetene, er det mulig å avklare rekkevidden og det rettslige rammeverk som er av betydning for forfølgelse ved å koble det til menneskerettigheter og humanitærlovgivningen.

Anbefaling:

- *Kommentaren til § 16 kunne endres til å omfatte en av de følgende eller en kombinasjon av nedenfornevnte for å oppmuntre til krysshenvisning til vurdering av beskyttelsesbehovet:*
- *Generell henvisning til internasjonale avtaler som Norge har ratifisert. Man kan hevde at dette er gjort i lovens § 4, men det kan være nødvendig å skape en mer direkte kobling til forfølgelsesstandarder.*
- *Direkte henvisning til spesifikke instrumenter, slik som ICCPR, ICESCR, ECHR, CAT, og CRC osv.*
- *Direkte henvisning til spesifikke standarder innenfor disse instrumenter, slik som “barnets beste interesse”*

Saksbehandlerne henviste ikke til humanitærlovgivningen i folkeretten. Hvis mange asylsøkere kommer fra land med pågående krig eller interne konflikter, er mangelen på henvisning til gjeldende rett meget bekymringsfull. Det er mulig å identifisere forfølgelseshandlinger i krigssammenheng, og faktisk inneholder ICC-statuttene en moderne definisjon av forfølgelse.

- *Det ville derfor være fordelaktig med en kobling til Genève-konvensjonen med tilhørende protokoller samt Romastatuttene som etablerer ICC.*
- *Det skal være obligatorisk for saksbehandlerne å se hen til relevante menneskerettighets- og humanitærlovgivningsstandarder for å sikre en fullstendig forfølgelsesvurdering i hver enkelt sak.*

Sikkert land-avgjørelse

Litauisk lov om flyktningsstatus bemerker at ratifisering av 1951-konvensjonen og protokolenl, samt ECHR og ICCPR bør tas i betraktning, sammen med den faktiske implementeringen av disse normene for å erklære at et land er "sikkert". Tjekkisk Lov nr. 325 om asyl gjennomgår statens respektering av menneskerettigheter og dens evne til å sikre overholdelse av menneskerettigheter, ratifisering og overholdelse av internasjonale avtaler om menneskerettigheter, og respekt for de juridiske enheters aktiviteter med å overvåke standarden på overholdelse av menneskerettighetene. Art. 16 A i den tyske grunnloven henviser til et lands lover, håndhevelsespraksis og generelle politiske forhold. Litauen henviser til det juridiske systemet, anvendelse av juridiske normer og politiske forhold for å avgjøre om et land har evne til å garantere beskyttelse mot forfølgelse, tortur eller grusom eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling, og brudd på grunnleggende menneskerettigheter og friheter. Den slovakiske republikk drøfter rettssikkerhet og demokratisk orden i nasjonen, så vel som beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, overholdelse av og samsvar med menneskerettighetstraktater, og overvåking ved juridiske enheter. Slovenia vurderer i hvilket omfang en person klarer å tilfredsstille sine grunnleggende overlevelseshov. Norsk lov kan endres til å omfatte lignende kriterier for en avgjørelse om et land er sikkert – imidlertid er denne forfatteren imot opplisting i loven av noen land som sikre, fordi situ-

asjonen kan endre seg og at en slik opplisting kan skape en formodning som kan ha negativ effekt for visse grupper eller enkeltindivider som står overfor spesielle forhold som avviker fra den generelle situasjonen.

Åpenbart grunnløse søknader

Opprettelse av spesielle enheter til å behandle åpenbart grunnløse søknader i UDI og UNE skaper bekymring fordi de ansatte er relativt uerfarne (mange er akkurat ferdig med studiene) og har fått lite opplæring, og det er derfor en risiko for at det blir begått feil som ender med refoulement. Det er bekymringsverdig at en for rask behandling av slike saker medfører feil på grunn av manglende kunnskaper om vanskeligheter i regionen og gjeldende lov. Det er videre frykt for infeksjon av "åpenbar grunnløs feber", ettersom saksbehandlere overværer spredning av denne klassifiseringen fra ett område til et annet, oftere som et resultat av politisk press enn øket rettssikkerhet eller forbedrede demokratiske institusjoner. Intervjuere og saksbehandlere trenger videre å påminnes om viktigheten av å identifisere hvorfor søkeren har brukt falske papirer eller tilintetgjort sine dokumenter. Det er fem tilfeller der en asylsøker har utvist slik oppførsel:

- 1. Å flykte fra opprinnelseslandet*
- 2. Å komme inn i asyllandet;*
- 3. Å hindre refoulement til opprinnelseslandet;*
- 4. Å unngå identifisering av sikkerhetsagenter som arbeider som oversettere eller andre stabsmedlemmer som har adgang til utlendingssystemet, og*
- 5. Å fremlegge en falsk asylsøknad. Bare det siste tilfellet anses å være tilstrekkelig til å avgjøre at søknaden er åpenbart grunnløs. De øvrige tilfellene anses ikke å være tilstrekkelig til å tilsidesette eksistensen av et beskyttelsesbehov.*

2.3 Humanitær beskyttelse

Begrepet humanitær beskyttelse har blitt utviklet som følge av endrede ten-

denser for tvangsflytning. Definisjonen av flyktning i 1951-konvensjonen kan ikke anvendes på personer som blir fordrevet på grunn av generelle konflikter, tilfeldige trusler (og mangler derved utpeking for forfølgelse), eller annen skade som ikke er relatert til de spesifikke beskyttelses-kategorier i konvensjonen. Disse personer blir kalt “de facto”-flyktninger fordi de flykter fra trusler på liv eller sikkerhet. Som påpekt av Vevstad skaper mangelen på et spesifikt universalinstrument som kan anvendes på disse situasjoner et beskyttelsesgap.¹⁰ UNHCR mener at begge kategorier fortjener å få flyktningestatus. UNHCR Executive Committee anmodet faktisk om beskyttelse av begge kategoriene under en videre definisjon. UNHCR foretrekker derfor en standard som henviser til tortur, men også “tilfeldige trusler på liv, fysisk integritet eller frihet som følger av generell vold eller handlinger som forårsaker alvorlige forstyrrelser i den offentlige orden, uten å ha noe element av forfølgelse eller forbindelse til en spesifikk konvensjonsgrunn.” UNHCR har også nevnt lignende ordlyd: “trussel på liv, frihet eller sikkerhet av personen i opprinnelseslandet, som et resultat av væpnet konflikt eller alvorlige forstyrrelser i den offentlige orden”.¹¹

I hovedsak kan humanitær beskyttelse ses på som avledet fra av non-refoulement-standard i 1951-konvensjonen. Art. 33 er som følger:

“1. Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe.”

Lauterpacht & Bethlehem tolker denne standard som å ha utviklet seg til å omfatte forbudet mot å returnere flyktninger under ett av følgende kriterier: 1) det er en velbegrunnet frykt for forfølgelse, 2) de står overfor trusler på liv, fysisk integritet, eller frihet (situasjoner med generell vold inkludert), eller 3) de står overfor en reell risiko for tortur, grusom, eller

¹⁰ Vigdis Vevstad, Beskyttelse av flyktninger: En europeisk utfordring 138 (Aschehoug 1998)

¹¹ EXCOM, Komplementære former for beskyttelse: Deres karakter og forhold til den internasjonale flyktninge-beskyttelses-regime, EC/50/SC/CRP.18 (6. juni 2000).

umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.¹² De to siste kategoriene er imidlertid oftere forbundet med andre menneskerettighetsinstrumenter.

Utlendingsloven inneholder en non-refoulement-garanti som både søker å behandle standarden i 1951-konvensjonen og trusler om tortur, tap av liv, grusom eller umenneskelig behandling, og kjede-refoulement i §15 (1):

“Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område. Tilsvarende vern skal gjelde utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningsdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.”

Etter forskriftene (§ 21) kan humanitær beskyttelse innvilges personer som faller under §15 (1). Ingen utlending kan sendes til noe som helst område hvor han kan frykte forfølgelse av slik art som vil kvalifisere til anerkjennelse som flyktning, eller hvor utlendingen ikke vil føle seg sikker på å sendes til et slikt område. Tilsvarende beskyttelse skal gis til enhver utlending som av lignende grunner som de som er gitt i flyktningsdefinisjonen, står i stor fare for å miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling. Etter norsk praksis er dette et vidt begrep som anvendes til beskyttelsesformål (flyktningslignende situasjoner) og på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn. Justisdepartementet anerkjenner videre i 1999-brevet humanitær beskyttelse for situasjoner som involverer manglende sikkerhet på grunn av krig eller konflikt.

En gjennomgang av regelverket i andre land som behandler humanitær beskyttelse viser en utvikling i integrasjon av henvisninger til menneskerettighetstraktater eller standarder. Europeiske stater innvilger beskyttelse i situasjoner som gjelder risiko for brudd på EMK art. 3: “Ingen må bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling”, FN’s konvensjon om sivile og politiske rettigheter art. 7: “Ingen må utsettes for tortur eller for grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.” Den canadiske loven om adgang til Canada og innvilgelse av flykt-

¹² Sir Elhu Lauterpacht og Daniel Bethlehem, Omfanget og innhold av non-refoulements-prinsippet 43 (UNHCR 20. juni 2001).

ningebeskyttelse til personer som er fordrevne, forfulgt eller i fare, henviser direkte til FN's konvensjon mot tortur art. 1 for vurdering av alternative beskyttelsesgrunner, ut over 1951-konvensjonen, på samme måte som Imigrasjonsloven i USA.

Den sveitsiske loven gir beskyttelse til personer som er utsatt for "stor skade på grunn av risiko for tap av liv, fysisk integritet eller frihet, og som risikerer å bli utsatt for handlinger som medfører et utålelig psykisk press og åpner for vurdering av grunner til kjønnsrelatert flukt."¹³

Romanias forordning om flyktningers status og regime gir humanitær beskyttelse til personer som står overfor dødsstraff, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, trusler på livet, fysisk integritet eller frihet.

Den slovenske loven om asyl gir rett til asyl på humanitære grunner for personer som søker om beskyttelse på grunn av en trussel mot deres "sikkerhet eller fysiske integritet" relatert til EMK art. 3, endret ved Protokoll nr. 3, 5 og 8 og supplert ved Protokoll nr. 1, 4, 6, 7, 9 og 11. Dette er i overensstemmelse med at rettighetene som er nedfelt i protokollene skal tolkes på lik linje med rettighetene i konvensjonen.

Når det gjelder videre beskyttelse gir Portugal humanitær beskyttelse til personer som flykter på grunn av "alvorlig usikkerhet som er begrunnet i væpnede konflikter eller gjentatte brudd på menneskerettigheter som finner sted der". Dette er i overensstemmelse med UNHCRs avhandling om Komplementære former for beskyttelse, datert 9. juni 2001, som behandler "personer som flykter fra tilfeldige virkninger av vold og tilhørende uorden i en konfliktsituasjon, uten å ha spesifikke elementer av forfølgelse."

Det er interessant at den svenske Utlendingsloven anerkjenner utlendinger som har et behov for beskyttelse på samme måte som de som står overfor dødsstraff, legemsstraff, tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, ekstern eller intern væpnet konflikt, miljøkatastrofer, eller som står overfor trusler på grunn av homoseksualitet.¹⁴

¹³ Midlertidig beskyttelse kan gis personer som er utsatt for en generell, alvorlig fare, særlig på grunn av krig, borgerkrig, eller en situasjon av generalisert vold.

¹⁴ Dette minner om Veiledende prinsipper om intern tvangsforflytning som inneholder en innovativ definisjon som går utover 1951-konvensjonen:

Til sammenligning kan vi vurdere EU's forslag art. 15 C om subsidiær beskyttelse skal innvilges til en person:

“som ikke kvalifiserer til flyktning men som har vist vesentlige holdpunkter for å anta at vedkommende, dersom han returneres til sitt opprinnelsesland, eller i tilfelle en statsløs, til landet hvor han eller hun hadde sitt tidligere vanlige opphold, ville stå overfor en reell risiko for å lide skade som definert i art. 15 (dødsstraff eller henrettelse, eller tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff for en søker...eller alvorlig og individuell trussel på en sivilists eller persons liv ved tilfeldig vold i situasjoner av internasjonal eller intern væpnet konflikt), og som ikke faller under art. 17, avsnitt 1 og 2 (om eksklusjon), og ikke kan, eller på grunn av slik risiko, ikke er villig til å søke beskyttelse i det landet.”¹⁵

Det positive ved å ikke endre loven til å omfatte terminologiske definisjoner, er at det faktisk kan bidra til større fleksibilitet i tolkningen av beskyttelseskategoriene. Saksbehandlerne innrømmer imidlertid å ha vanskeligheter med å tolke loven og finner at § 15(1) og § 15 (2) er for vage. Etersom UNE later til å synes at grensen mellom humanitær beskyttelse og beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn er uklar, kan grensen mellom asyl og humanitære beskyttelse noen ganger være vanskelig å tolke i UDI. En av asylavdelingene i UDI har uttalt at de har slått sammen flyktningsdefinisjonen og humanitær beskyttelse, særlig § 15 (1), og støtter at en lovendring gjenspeiler en slik praksis. Dette ville peke mot å følge modellen i Republikken Tajikistans Lov om flyktninger:

Artikkel 1- Flyktningsdefinisjon

En flyktning er en person som har kommet til eller er villig til å komme til Republikken Tajikistan, som ikke er statsborger av Republikken Tajikistan, og ble tvunget til å forlate eller er villig til å forlate landet hvor han

”personer eller grupper av personer som har vært tvunget eller nødt til å flykte fra deres hjem eller steder av vanlig residens, særlig som resultat av eller for å unngå virkninger av væpnet konflikt, situasjon av generalisert vold, brudd på menneskerettigheter eller naturlige eller kunstige katastrofer og som ikke har krysset en internasjonalt anerkjent statsgrense.” Dette utvider beskyttelse til kategorier av ofre som samsvarer med de regionale instrumentet fra Latin-amerika og Afrika.

¹⁵ Europarådets forslag, supra note 7 i artikkel 2 (e).

han har sitt vanlig opphold på grunn av en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, nasjonalitet, religiøse overbevisninger, politisk mening, medlemskap i en viss gruppe, eller på grunn av en trussel mot hans liv og familiemedlemmene, sikkerhet og frihet som en følge av massive brudd på den offentlige orden og andre forhold som i en stor grad krenker menneskerettigheter.

Å ta denne modellen i bruk ville gi saksbehandlerne anledning til å innvilge asyl til de som vanligvis blir innvilget humanitær beskyttelse, fordi de faller utenfor omfanget av 1951-konvensjonen, men kan allikevel ikke sendes tilbake på grunn av trussel på livet, sikkerhet eller frihet i situasjoner av massive menneskerettighetsbrudd, dvs. Afrika. Dette ville ikke øke antall personer som blir gitt beskyttelse, men ville snarere økt deres sikkerhetsfølelse.

Anbefaling:

- *Reform av § 15 kan innta henvisning til **frihet, sikkerhet, og fysisk integritet**. (Se sveitsisk Lov om asyl). I tillegg bør kategorien “**nedverdiggende**” tilføyes standarden om umenneskelig behandling.*
- *En annen mulighet kan være å velge spesifikke menneskerettighetsinstrumenter som beskyttelsesstandarder, derfor kan Lovkomiteen velge å koble standarden om menneskerettighetsbeskyttelse til ECHR og dens protokoller og/eller kreve at immigrasjonsmyndighetene henviser til standarder utgitt på basis av internasjonal menneskerettighetslovgivning og rettspraksis.*
- *Innenfor det humanitære beskyttelsesavsnittet kan den omfatte en annen beskyttelseskategori som har henvisninger til alvorlig trussel på livet eller person på grunn av tilfeldig vold i situasjoner av væpnet konflikt (intern eller internasjonal) i samsvar med UNHCR-avhandlingen og EU Forslaget, for derved å omforme brevet fra Justisdepartementet fra 1999 til gjeldende lov. Dersom slik henvisning blir inkludert ville loven være i samsvar med den reelle situasjonen for tvangsforflytning i dag.¹⁶*

¹⁶ Se også UNHCR Kommentar til Danmarks lovforslag om endring av Immigrasjonsloven, Ekteskapsloven og andre lover (18. mars 2002).

- *Den kan velge å vedta en standard som slår asyl sammen med humanitær beskyttelse, for å gi anledning til å innvilge asyl til de som allerede er gitt humanitær beskyttelse. Et annet progressivt alternativ som ville utvidet beskyttelsesfeltet ville være å utarbeide en ordlyd som anerkjenner grunner for beskyttelse av personer som har flyktet fra sine land “på grunn av naturlige eller kunstige katastrofer der den ansvarlige Stat eller de facto myndighet ikke makter å beskytte og hjelpe disse ofrene av grunner som medfører brudd på grunnleggende menneskerettigheter.”¹⁷*
- *Et annet “ordlyd”-spørsmål er at standarden for humanitær beskyttelse vedrørende non-refoulement i §15 kommer før definisjonen på flyktning i §16. UNE retter på dette ved først å drøfte §16 og drøfter deretter spørsmål knyttet til §15. Det kan være til hjelp å plassere non-refoulement-standarder etter flyktingedefinisjonen for å gi større sammenheng i vurderingen av beskyttelsesspørsmålet. Asyl er av enkelte for tiden ansett å mer være et spørsmål om status enn et spørsmål om beskyttelse (delvis koblet til en kommentar i forarbeidene til loven), og saksbehandlere anser derfor at humanitær beskyttelse har tilsvarende verdi som asyl. Dersom standarden for humanitær beskyttelse plasseres etter asylstandarder, kan den anerkjennes som en sekundær beskyttelse som retter fokus på asyl som den primære beskyttelse.*
- *NGO’er og advokater bør instrueres i å fremlegge argumenter hvor søknad om asyl og humanitær beskyttelse vurderes separat, hver basert på de relevante menneskerettighetskriterier.*

2.4 Sterke menneskelige hensyn

Utlendingslovens § 8 (2) som omhandler sterke menneskelige hensyn synes av saksbehandlerne å bli ansett som vag. Denne bestemmelsen har i saker vært tolket til å omfatte et bredt spekter av hensyn, slik som alder, medisinsk tilstand/ helsebehov, sikkerhet og humanitære forhold i opprinnelseslandet (pågående krig eller konflikt er omfattet), barns utdanningsbehov,

¹⁷ Se International Law Association, Erklæring om folkerettsprinsipper om internt fordrevne personer, art. 1 (2) (2002).

familiære hensyn eller tilknytning til den aktuelle Stat (eks. lang oppholdsperiode).¹⁸ Selv om vi uttalte at vi ikke hadde intensjoner om å gjennomgå alle slike saker, ga både UNE og UDI dem til oss, antagelig for å fremheve en hyppig bruk av sterke menneskelige hensyn, både som et positivt eksempel på beskyttelse og som et negativt eksempel på manglende klarhet. Innvilgelse av en tillatelse på sterke menneskelige hensyn, som ikke er direkte koblet til begrepet forfølgelse eller rettslig beskyttelse per se, kan anvendes i saker som virkelig omhandler spørsmål om rettslig beskyttelse:

- I sak DF ble det i UNE innvilget tillatelse på sterke menneskelige hensyn (istedenfor asyl eller alminnelig humanitær beskyttelse) til en kvinne fra Pakistan som var offer for vold i hjemmet. Tillatelsen ble gitt på bakgrunn av den vanskelige situasjonen som hun ville oppleve ved retur. Mannen slo henne og svigerinnen prøvde å sette fyr på henne. UNE aksepterer troverdigheten ved den lange historien om misbruk og vanskjøtsel, anerkjenner manglende sannsynlighet for hjelp fra myndighetene og hennes manglende evne til å få kontroll over situasjonen. Likevel anerkjenner UNE ikke forholdet som en “sosial gruppe” og finner heller ingen trussel for fremtidig forfølgelse, umenneskelig behandling eller tap av liv. Advokaten argumenterte for anerkjennelse av tidligere forfølgelse som bevis på fremtidig trussel, noe som ikke ble fulgt opp av utlendingsmyndighetene.
- Likeledes, i sak DG gir UNE tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn. Saken gjaldt en tsjetjensk kvinne hvor hennes mann ble drept på grunn av at han støttet soldatene. I tillegg hjalp hun dem med medisiner, og engasjerte seg derfor i det som kan kalles en handling som uttrykker en politisk mening. Hun ble ikke funnet troverdig på grunn av motsigelser i forklaringen. Hun ble imidlertid gitt subsidiær beskyttelse av helsemessige årsaker, datterens skolegang, og den vanskelige humanitære- og sikkerhetssituasjonen i Tsjetsjenia.

Ett problem er at kommentaren til gjeldende lov er uklar med hensyn til å skille beskyttelsesgrunner relatert til asylsøkere i en “flyktningslignende situasjon” fra de som står overfor en trussel om brudd på retten til liv eller beskyttelse mot umenneskelig behandling. Det gis heller ingen utfyl-

¹⁸ Se også EXCOM, Komplementære former for beskyttelse: Deres karakter og forhold til den internasjonale flyktninge-beskyttelses-regime, EC/50/SC/CRP.18 (9. juni 2000).

lende definisjon eller konkrete eksempler på hvilke situasjoner som dekkes av disse kategoriene. Lovkommentaren bekrefter problemet, men det gjøres lite for å rette det opp, og det er derfor behov for reform.¹⁹ Selv om bruken av kategorien sterke menneskelige hensyn fra et moralsk perspektiv er prisverdig fordi myndighetene tilbyr beskyttelse til personer som kanskje ikke ville blitt akseptert i andre land med en strengere politikk, fremhever det likeledes behovet for å forbedre de ansattes tolkning av menneskerettighetslovgivningen. Dette for å nå de som ikke berøres av spørsmålet om sterke menneskelige hensyn og de ytterligere rettslige beskyttelseskriterier i saker som har med sterke menneskelig hensyn å gjøre. Saker har ofte sammensatte grunner for bistand, og vurderingen bør derfor være mer helhetlig enn direkte konsentrert rundt kategorien som er lettest å identifisere. Vanskelige vurderinger unngås, slik som graden av risiko for forfølgelse, menneskerettighetsbruddets grovhet, bevisstandardene osv. som vedrører de rettslige beskyttelseskategoriene. For eksempel kan den eksisterende sikkerhetssituasjonen i opprinnelseslandet utgjøre en trussel mot liv, som hver beskyttelsesgrunnen til § 15 (1) eller til og med asyl. Det kan derfor foreslås at saker som tas til behandling etter sterke menneskelige hensyn kanskje er saker som kunne ha blitt gitt beskyttelse av andre grunner.

Det bør merkes at brevet fra Justisdepartementet datert 27/06/00 etterlyser en kumulativ vurdering i saker der helsespørsmålet er koblet opp mot brudd som viser til en av konvensjonsgrunnene:

“Hvis de helsemessige forhold skyldes overgrep basert på offerets nasjonalitet, rase, religion, medlemskap i sosial gruppe eller politisk oppfatning, kan forholdet falle inn under flyktningkonvensjonen, og er det fare for lignende overgrep eller annen forfølgelse ved retur, skal vedkommende

¹⁹ Se også Eli Fisknes, Utlendingsloven Kommentartutgave 106 (Universitetsforlaget 1994): “Det kan være vanskelig å fastså hvorvidt en utlending skal anses å falle inn under §15 første ledd annet punktum eller vurderes etter annet ledd. Det kan for eksempel i en sak være uklart om grunnen til at søkeren risikerer forfølgelse faller inn under ‘liknende grunner som angitt i flyktningedefinisjonen’ eller om grunnen ikke kan anses form flyktningelignende. Det kan også være uklart om grunnen til at søkeren risikerer ‘å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling’ eller noe mindre alvorlig. Utlendingsmyndighetene legger ikke ned mye arbeid i å finne ut om søkeren kan anses å falle inn under §15 førsteledd annet punktum eller ikke, når vedkommende i alle fall gis tillatelse etter lovens §8 annet ledd, og tillatelsen uansett innebærer nøyaktig de samme rettigheter.”

gis asyl.”

Nylig, under forberedelser til en forelesning ble jeg bekymret for saksbehandlerne behov for å bli fortrolige med vurderingen av sammenhengen ved situasjoner som ved første øyekast ikke ser ut til å være relevant for rettslig beskyttelse, men som etter nærmere undersøkelse faktisk kan vise seg å være et emne som skal analyseres. For eksempel kan sammenhengen mellom miljøkatastrofer slik som flom, hungersnød, AIDS-epidemi, etniske konflikter, langvarige konflikter osv. i Afrika virke forvirrende for saksbehandlerne. Hvordan kan man nærme seg en person som er berørt av slike vidtgående problemer? En gjennomgang av litteratur avdekket at eksperter som studerte slike fenomener hadde sammenfallende bekymringer, og de fremhever sammenhengen ved å vise til konkrete, identifiserbare brudd. For familier og barn som er berørt av AIDS, har Foster og Williamson utarbeidet et diagram som viser forbindelsen mellom HIV-infeksjon og brudd på ICESC, ICCPR, og CRC (alle tilknyttet diskriminering). 1) Manglende evne til å opprettholde en tilfredsstillende levestandard på grunn av redusert arbeidsevne, eller tap av jobb på grunn av diskriminering, utilstrekkelig ernæring (de kan nektes adgang til mat eller vann), mangel på helseomsorg og ly (ICESC art. 11, 12 og 6), 3) Barna tas ut av skolen fordi de må bli forsørgere (og blir derfor forhindret fra å ta utdanning, CRC art. 28) eller blir fordrevet etter å ha blitt foreldreløse (CRC art.16); 4), tap av barnepassere for barn fordi de har blitt foreldreløse og forlatt uten oppfostring (CRC art. 20); 5) Problemer med arv; enker og barn nektet eiendom av andre familiemedlemmer (UDHR art. 17); 6) Utnyttelse av kvinner og barn i arbeid, tvangsrekruttering (barn kan “melde seg frivillig” eller blir av slektninger gitt til væpnede grupper under et løfte om mat, uansett risiko for fysiske og psykiske traumer), og seksuell handel som er fordømt av flere internasjonale instrumenter (Internasjonal arbeidsorganisasjon, ILO, og FN’s protokoller om tvangsrekruttering og seksuell handel og CRC art. 34-35 og 38) og kan stå overfor økte trusler mot liv, personlig sikkerhet (de kan være voldtatt), overlevelse og utvikling (CRC art.6); 7) Generell diskriminering (CEC art.2 og CEDAW).²⁰ Vurdering av slike saker som nevnt nødvendiggjør en grundig analyse som trekker forholdet opp fra den generelle bakgrunn til et spesifikt brudd. Den spesifikke vurdering-

²⁰ Geoff Foster og John Willilamson, “A Review of Current Literature on the Impact of HIV/AIDS on Children in Sub-Saharan Africa, 14(3) AIDS, 275-284 (2000)

en bør ikke bare ta hensyn til hvilke brudd som har blitt begått, men likeledes om det er fremtidig risiko og hvor stor denne i tilfelle er, og om disse kan kobles til en konvensjonsgrunn og statens evne og vilje til å forhindre brudd, straffe lovovertredere og yte rehabilitering og bistå med reintegrering overfor de som har opplevd traumer ved tidligere forfølgelse. Enkelte saker kan kvalifisere til asyl mens andre fortjener humanitær beskyttelse. Hovedpoenget er at det kan være mulig å finne andre grunnlag for rettslig beskyttelse ut over sterke menneskelige hensyn.

På samme måte kan ofre for naturkatastrofer eller andre miljømessige grunner være avskåret fra å få assistanse og beskyttelse fra Staten på grunn av stammetilhørighet eller politisk tilknytning osv. Slike klager har nylig blitt fremsatt med hensyn til Mugabes distribusjon av mat til sine partitilhengere.²¹ Det har blitt hevdet at "miljøflyktninger" kan vurderes som personer som har fått krenket sin rett til tilfredsstillende levestandard, eller i verste fall at forholdene utgjør grusom eller umenneskelig behandling der man har sett hen til de relevante menneskerettighetsstandarder, slik som en stats manglende vilje eller evne til å rette på situasjonen for adgang til rent vann, nok mat og minimumsly.²²

Fra saksbehandlerens synspunkt kan det være lettere å innvilge beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige grunner enn å fullføre en vurdering av andre beskyttelseskategorier, særlig i saker som skaper behov for en utvidende tolkning av beskyttelse som ikke anerkjennes av overordnede. Det tar videre mindre tid å fullføre en vurdering av sterke menneskelige hensyn. Når systemet fokuserer på effektivitet fremfor beskyttelse, brukes de kategorier som er minst tidkrevende og mest sannsynlig kommer til anvendelse: avslag på grunn av manglende troverdighet eller innvilgelse av humanitær beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn.

Delvis tillit til et angivelig statlig dualistisk syn antas å være en unnskyldning for manglende henvisning til internasjonale normer, som i praksis holder tilbake en rettsvitenskaplig utvikling av internasjonal flyktninge-

²¹ Se Mercedes Sayagues, "Zimbabwe's Food Crisis: What went Wrong" in Reuters (1. aug 2002)

²² Se Dana Zartner Falstrom, "Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment" in *Colo. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 1 (2001).

rett. Dette argumentet er imidlertid ikke lenger gyldig på grunn av inkorporeringen av ICCPR, ICESCR og ECHR samt 1951-konvensjonens definisjon i norsk lov.²³ Man kan hevde at intern praksis må tilfredsstillende internasjonale standarder fordi instrumentene er de administrative organers og domstolenes legitime rettskilder for tolkning og videre anvendelse. Det er tilfelle at praksis varierer sterkt mellom de ulike stater, noe som ikke bare er kommentert av Norge, men også av UNHCR selv. Mangelen på en enkel internasjonal rettsinstans som ble etablert for å overvåke 1951-konvensjonen kan videre resultere i vansker med å oppnå en vurdering av internasjonale standarder på denne arenaen. De ulike menneskerettighetsaktører som uttaler seg om flyktnings status, slik som FNs Komite mot tortur, FNs Menneskerettighetskomite og Den europeiske menneskerettighetsdomstol gir mangfoldige synspunkter. Utviklingen blant teoretikere går imidlertid mot å påpeke eksistensen av menneskerettighetsaktørenes synspunkter og harmoniserte tilnærminger blant standardene.²⁴ Premissene til 1951-konvensjonen henviser til menneskerettighetsnormer:

“som tar i betraktning De forente nasjoners Pakt, og Menneskerettighetserklæringen, vedtatt av De forente nasjoners Generalforsamling 10. desember 1948, har fastslått det prinsipp at alle mennesker uten diskriminering skal nyte godt av grunnleggende rettigheter og friheter,

som tar i betraktning at De forente nasjoner ved flere anledninger har tilkjennegitt sin store interesse for flyktingene og har søkt i størst mulig utstrekning å sikre dem utøvelsen av disse grunnleggende rettigheter og friheter,”

Denne ordlyden tolkes til å understøtte henvisning til internasjonale menneskerettighetsinstrumenter ved avgjørelsen av flyktnings rettigheter. På samme måte følger det av Utlendingsloven (1988) § 4 at loven skal tolkes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse forsterker utlendingens stilling (Loven skal anvendes i samsvar med inter-

²³ Se Ot. Prp. nr. 46, i 23 "I og med dette (inkorporasjon) understrekes at det er det universelle flyktningebegrepet som er grunnlaget for hvem som nyter godt av de norske asylbestemmelsene."

²⁴ Se f. eks. Sir Elihu Lauterpacht & Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement* (UNHCR 20. juni 2001); se også Brian Gorlick *Human Rights and Refugees: Enhancing Protection through International Human Rights Law* (October 2000).

nasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke utlendingens stilling).

Anbefaling:

- *Først og fremst bør det utarbeides retningslinjer for å bringe klarhet i beskyttelses-prinsipper basert på sterke menneskelige hensyn. Slike dokumenter bør utarbeides i samarbeid med eksperter i medisin, psykologi, barnevern osv.*
- *For det annet bør retningslinjene også inneholde standarder for når en avgjørelse bør løftes til en rettslig beskyttelseskategori når menneskerettighetsanalysen avdekker kumulative beskyttelsesgrunner, dvs. at en analyse om barn som omfatter CRC kan løfte en sak fra sterke menneskelige hensyn til asylrettslig beskyttelse.*
- *For det tredje bør det utarbeides retningslinjer for at saker sikres en fullstendig menneskerettighetsanalyse for å forhindre feilaktig nedgradering av saker. UDI utarbeider en "menneskerettighetskontrolliste". Et lignende initiativ bør tas av UNE.*

3. Bevisstandard

En av hovedgrunnene til at det i norske saker innvilges humanitær beskyttelse istedenfor asyl er opprettholdelsen av forskjellige bevisbyrdestandarder for asyl og non-refoulement (det er to sider: den ene basert på 1951-standard eller forfølgelse, og den andre basert på trussel på livet, om tortur, osv.)

En kort gjennomgang av internasjonal utvikling avdekker at noen standarder inneholder henvising til en bevisstandard. Dersom vi ser på Det europeiske forslag om subsidiær beskyttelse, ser vi at den anmoder om beskyttelse i saker hvor det foreligger vesentlige holdepunkter for å anta at personen ville stå overfor en reell risiko for å lide alvorlig skade (innbefattet tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff) (i motsetning til den norske standarden som ikke krever “vesentlige grunner” eller “reell risiko” men heller ikke omfatter kategorien “nedverdiggende”).²⁵ EU-forslaget anerkjenner ofre for tilfeldig vold, forfølgelse utført av ikke-statlige aktører (dersom Staten eller partiet/organisasjonen som kontrollerer territoriet eller deler av det ikke kan eller vil gi beskyttelse) samt kjønns-spesifikk eller barnespesifikk forfølgelse.²⁶ Man kan sammenligne dette forslaget med standarden i Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter art. 19 (2):

“Ingen må utsendes, utvises eller utleveres til en Stat hvor det er alvorlig risiko å bli idømt dødstraff eller utsatt for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende straff eller behandling.”

Denne standarden kan sidestilles med standarden “reell risiko” som er brukt av FN’s menneskerettighetskomite og Den europeiske menneskerettighetsdomstol og standarden for “vesentlige grunner” som FN-komiteen mot tortur henviser til.²⁷ Sistnevnte har advart mot en overdrevet heving av bevisstandarden i saker som omhandler risiko for tortur, og har derfor fremmet samlede og helhetlige vurderingskriterier for slike (se avsnitt ne-

²⁵ Europarådet, supra note 7 til artikkel 1 og artikkel 15.

²⁶ Id. I artikkel 2, artikkel 9 og artikkel 11.

²⁷ Se Lauterpacht & Bethlehem, supra note 6.

denfor om tortur, grusom og umenneskelig behandling).²⁸ Lauterpacht og Bethlehem støtter henvisning til en samlet standard:

*“Ingen person skal bortvises, returneres eller utvises på noen som helst måte hvor dette ville tvinge dem til å bli i, eller returnere til, et territorium hvor **vesentlige grunner** kan påvises for å anta at de ville stå overfor en **reell risiko** for tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.”*

I motsetning til forfølgelses-standardene i asylvedtak avdekker foreliggende praksis bruk av en høyere risikoanalyse om ikke-retur på bakgrunn av trussel om tortur, grusom eller umenneskelig behandling (non-refoulement).²⁹ I USA er det en høyere bevisbyrde for non-refoulement-vurderingen basert på CAT, (“mer sannsynlig enn ikke”) i motsetning til asylstandardene (“rimelig mulighet for skade”). Ideelt sett bør loven oppnå en balanse mellom begge sider.

UNE tolker imidlertid terskelen for risiko noe lavere for non-refoulement enn for asylvurderingens trussel om forfølgelse (dette er relatert til standardene for den tidligere situasjon: “kan frykte’ forfølgelse som ‘kan begrunne’ anerkjennelse som flyktning” i motsetning til standardene brukt i det siste tilfelle: “med rette frykter” eller “velbegrunnet frykt”).³⁰ Dette står i motsetning til Goodwin-Gills synspunkt om at bevisstandardene bør være den samme for statusavgjørelsen og beskyttelse mot non-

²⁸ For tiden støtter loven en samlet vurdering, se Ot. Prp. nr. 46 (1986-87) s.103 som sier at “flyktningslignende” ikke er noe særlig klart begrep, men det tjener til å peke på faren for at overgrep kan skje på grunn av manglende rettsorden eller under tilsidesettelse av grunnleggende normer for behandling av mennesker.”

²⁹ Se på Terje Einarsen *“Flyktnings rettsstilling i Norge”* s. 58 (15) (1)(2) gir beskyttelse til personer som av flyktningslignende grunner står i en “nærliggende fare” for å miste livet eller bli utsatt for umenneskelig behandling. Vurderingstemaet er bredere enn ved asyl, men kravet til risiko er noe høyere, Ot.prp. Nr. 46 (1986-87) s. 202. Se også Ot. Prp. nr. 46 (1986-87) s. 103 “Det er grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendinger vern mot utsendelse. I denne forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortøner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse.”

³⁰ UNE merknader som siterer Ot. Prp. nr. 46/1986/87, s. 103.

refoulement – som indikerer en tilstrekkelig alvorlig risiko.³¹ Dette forklarer delvis den høye andelen av humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

Lauterpacht og Bethlehem mener at bevisstandarden som skal brukes i saker som henviser til etablering av velbegrunnet frykt for forfølgelse eller en reell risiko for tortur, trussel på livet, fysisk integritet eller frihet, skal være harmonisert ved en generell henvisning til “en rimelig grad”, tatt i betraktning av:

*“Denne terskelen kommer til å trenge mer enn bare antakelse om en trussel, men mindre bevis på et sannsynlighetsnivå eller med sikkerhet. Ved å vedta ordlyden av Menneskerettskomiteen og Den europeiske menneskerettsdomstolen angående non-refoulement i en menneskerettighetsammenheng, vil den riktige prøven være om den kan vises at vedkommende person ville være utsatt for en “reell risiko” for forfølgelse eller annen aktuell trussel.”*³²

Det er forskjeller både i UDI og UNE vedrørende graden av bevis, vurdering av risiko osv. Det var ikke mulig å finne en samlet bevisbyrdestandard for på grunn av de individuelle forskjeller. Det synes likevel å ha vært en tendens til å opprettholde en høy bevisstandard. Dette har ført til en merkelig praksis som avslår asyl og innvilger humanitær beskyttelse som ikke alltid er basert på kriteriene på det enkelte beskyttelsesnivå (forfølgelse forbundet med rase, religion, sosial gruppe, politisk mening, eller nasjonalitet, dvs. trussel på livet, tortur eller grusom behandling ikke forbundet med en kategori i flyktingedefinisjonen), men snarere til en grad av bevis eller troverdighet. Flere avgjørelser, især på UNE-nivå, fokuserte på at søkeren måtte bevise en velbegrunnet frykt for å kvalifisere til asyl (som de tolker til å være en høy standard). For å få innvilget humanitær beskyttelse etter § 15 (1) måtte søkeren derimot bare bevise at han kan frykte forfølgelse. Saker som inneholder elementer av tvil blir derfor vurdert som humanitær beskyttelse istedenfor asyl:

1. *Hvor det anførte asylgrunnlag ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort til at det kan legges til grunn, men hvor det likevel gjør seg gjeldende noe tvil (ren teoretisk tvil unntatt) eller*

³¹ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* 138 (Clarendon 1996).

³² Lauterpacht & Bethlehem, *supra* note 6 i 43.

2. *Hvor utlendingen selv utløser en forfølgelsesfare første etter å ha forlatt hjemlandet (sur place).*³³

- Sak DH gjaldt en Jugoslavisk kvinne av blandet etnisitet. Hennes far ble drept og huset ble brent ned under krigen. UNE avgjorde at selv om det ikke var *“tilstrekkelig sannsynliggjort at klagerene ved en retur med rette frykter å bli utsatt for forfølgelse”* var det mulig å *“legge til grunn at klagerne vil kunne frykte forfølgelse ved retur til hjemlandet”*, og hun ble innvilget humanitær beskyttelse. Det interessante i saken var at den omfattet psykologiske vurderinger som pekte mot muligheten for at barna ville lide psykologiske traumer ved en eventuell retur, og at dette kan ha resultert i en underliggende vurdering av *“barnets beste”*.
- UNE sak S omhandlet en Ahmadiya-leder fra Pakistan som ble tilfeldig arrestert og misbrukt. I stedet for asyl ble han innvilget humanitær beskyttelse på grunn av forskjellene i bevisstandardene mellom asyl og humanitær beskyttelse:

“Situasjonen for klageren er en annen enn for ahmadiyaer flest, han var leder for ungdomsorganisasjonen til ahmadiyane og har i denne forbindelse vært aktiv og drevet utadrettet virksomhet, og i henhold til sin religiøse overbevisning blant annet drevet med forkynnelse. . . Selv om de anførte hendelser ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort til å danne grunnlag for asyl, kan klageren frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning”

En annen bekymring er standardbegrunnelsen fra UDI som inneholdt forhåndsforberedte bevisbyrdevurderinger (noen ganger forbundet til nasjonalitet og beskyttelsesspørsmål) som var avslagsorientert:

“Utlendingsdirektoratet mener at søkeren ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at han ved retur til hjemlandet står i fare for å bli utsatt for reaksjoner som kan karakteriseres som forfølgelse i konvensjonens og lovens forstand.”

“Konvensjonen legger opp til en fremtidsrettet vurdering av om søkeren ved retur til hjemlandet vil bli utsatt for slike reaksjoner fra myndighetenes eller andres side. Det er ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at søkeren

³³ (KRDs forslag til forskrifter ville tillate sur place-flyktninger til å bli innvilget asyl, i samsvar med Europarådets forslag, (Art. 8, og den politikken vil derfor være eliminert).

ved retur til hjemlandet vil bli utsatt for slik forfølgelse.”

Pakistan (Kashmir-konflikten)

*“Søkeren har etter direktoratets mening ikke sannsynliggjort at de problemene han har i Pakistan med hensyn til falske anmeldelser kan knyttes til hans politiske oppfatning. Direktoratet sendte en anmodning til søkerens advokat *, om at den originale dommen med oversettelse skulle fremlegges. Dette har ikke blitt gjort. Direktoratet mener derfor at det ikke er sannsynliggjort at søkeren er dømt for de forhold han beskriver.”*

I motsetning til dette har UNHCR anbefalt statene å anvende en generøs bevisstandard i de individuelle vurderingene av søknadene:

“Søkeren må vise “gode grunner” for å frykte forfølgelse og at frykten er rimelig og trolig, basert på en objektiv vurdering av situasjonen i opprinnelseslandet. Den generelle sivile standard ved lov, sannsynlighetsavveiing, er for streng i og med at det er vanskelig for en søker å etablere at forfølgelse ”antakelig” vil finne sted. I tillegg vil mulige ettervirkninger av en gal avgjørelse gjøre et slikt nivå av bevis upassende. Det er nok at søkeren viser at hans eller hennes frykt i denne forbindelse er rimelig. Dersom asylsøkeren tilfredsstillter denne prøven, bør han eller hun anses som flyktning selv om han eller hun ikke kan bevise saken fullt ut. Han eller hun bør få tvilen på sin side, selvsagt under forutsetning av at søkeren tilfredsstillter troverdighetsprøven.”³⁴

Retningslinjene fra 1998 fremhever at saker som handler om humanitær beskyttelse basert på non-refoulement og ”sterke menneskelige hensyn” ikke trenger en ”sannsynlighetsovervekt” om forfølgelse. Jo alvorligere konsekvensen av retur fortøner seg, jo lavere bevisstandard kreves:

“Når det gjelder spørsmålet om beskyttelse mot tilbakesending, stilles det ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt for at forfølgelse vil bli resultatet ved retur. Dette gjelder både i forhold til vernet etter utlendingsloven §15 første ledd og i tilfeller der beskyttelse gis i medhold av §8 annet ledd selv om man er utenfor vernet etter §15. Jo alvorligere konsekvensen av

³⁴ UNHCR, An Overview of Protection Issues in Western Europe: Legislative Trends and Positions Taken by UNHCR, European Series, Vol. 1, No. 3 ast 35 (september 1995) som siterer Brian Gorlick, Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status, UNHCR arbeidspapir No. 68 (oktober 2002).

retur fortøner seg, jo mindre krever man i praksis hva angår graden av sannsynliggjøring av denne følgen.”

Dette var imidlertid ikke alltid tilfelle i sakene som ble gjennomgått. Saker som omhandlet tortur eller trussel på livet ble ikke innvilget beskyttelse, nettopp på grunn av at asylsøkeren ikke tilfredsstilte bevisstandarden eller risikovurderingen, til tross for sterke beviser på tidligere forfølgelse:

- Sak HC handlet om en Tamil fra Sri Lanka som støttet Liberation Tigers av Tamil Eelam (LTTE) ved å distribuere mat. Han ble mistenkt for å være en sort Tiger som var mistenkt for å stå bak selvmordsangrep, og ble derfor fengslet og torturert. Flertallet i UNE avslo på bakgrunn av at det ikke ansås å foreligge risiko for fremtidig forfølgelse, til tross for tidligere tortur.³⁵

På lignende vis, med hensyn til saker som gjaldt en lov som etter sin ordlyd potensielt sett kunne være diskriminerende eller urimelig, innvilger UNE humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Vurderingen gikk ut på at det ikke var sannsynlig at loven ville tre i kraft – og at det ikke ble ansett for å foreligge en tilstrekkelig risiko til å innvilge asyl:

- Sak HD gjaldt en homofil fra Jugoslavia (der homoseksualitet blir straffet) som også tjente som informant for serberne og fryktet represalier fra albanerne. Han ble istedenfor asyl innvilget humanitær beskyttelse fordi en håndhevelse av loven fremsto som usannsynlig.

Anbefaling:

- *Utkastet til loven og/eller kommentaren bør for det første utformes slik at det er harmoni mellom bevisstandarden som gjelder non-refoulement-vurderingene i saker som angår trusler om forfølgelse og vurderinger som gjelder trusler på livet, frihet, fysisk integritet eller risiko for tortur.*

³⁵ Se også Ot. Prp. nr. 46 (1986-87), s. 103 "Det er grunn til å understreke at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene er oppfylt for å gi utlendinger vern mot utsendelse. I denne forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortøner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse."

- *For det andet bør bevisstandarden som anvendes på forfølgelse i asylavgjørelser og non-refoulmentvurderinger også være harmoniseret.*

4. Bevis

Et viktig aspekt av asylsystemet er innhenting og vurdering av bevis for å kunne fastslå “velbegrunnet frykt” for forfølgelse. Innhenting av bevis i asylsaker er sammensatt og komplisert. Vurderingen av hvilken verdi beviset skal gis er like komplisert. Både NOAS og advokater som arbeider med asylspørsmål fremholder at utlendingsmyndighetene ikke legger tilstrekkelig vekt på bevis for subjektiv frykt for forfølgelse (søkerens personlighet, familiebakgrunn, tilknytning til rase-, religiøse-, nasjonale-, sosiale-, eller politiske grupper, egen fortolkning av situasjonen samt personlige erfaringer inkludert), og fratrar derfor asylsøkeren mulighet til å vise sitt behov for beskyttelse på grunn av tillit til en objektiv vurdering av slik frykt. Som bemerket av Vevstad vil eksklusjon av det subjektive synspunkt minske muligheten til å få innvilget asyl.³⁶ Det objektive elementet kan innebære å avgjøre om bakgrunnsinformasjon viser en sammenheng til søkerens anførte forhold, som for eksempel å undersøke hva som skjedde med venner, slektninger eller medlemmer av den samme sosiale gruppen, hva lovene går ut på og hvordan de anvendes, samt søkerens karakter, bakgrunn, innflytelse, formue og åpenhet.³⁷

Innhenting av bevis for å avgjøre om det foreligger velbegrunnet frykt er imidlertid komplisert i praksis:

- For eksempel i sak EX ble en søker av eritreisk avstamning i Etiopia ikke ansett for å være troverdig fordi hennes naboer uttrykte at de ikke kjente henne. UDI reagerte ikke, til tross for at hennes advokat påpekte at naboene kunne være tilbakeholdne med å innrømme

³⁶ Vigdis Vevstad, *Beskyttelse av flyktninger: En europeisk utfordring*, 58-60 (Tano Aschehoug 1998) som bemerker innskrenkende tolkning som bare anerkjenner objektiv frykt fører til en økning i de facto status istedenfor asyl. Se Terje Einarsen, *Retten til Vern som Flyktning*, 384 (CICERO 2000) for en oversikt over forskjellige staters bruk av subjektiv kontra objektiv frykt. Se også James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* 65-90 (Butterworths 1991) for en drøftelse av kompleksiteten av å etablere “velbegrunnet frykt”), særlig drøftelsen om subjektive hensyn.

³⁷ Se UNHCR Håndbok om prosedyrer og kriterier for å avgjøre flyktningestatus under 1951-konvensjonen og 1967-protokollen om flyktingenes status, avsn. 40-43 (Geneve 1992).

kjennskap til henne på grunn av frykt for egen sikkerhet. Dersom faren faktisk hadde blitt arrestert, kunne det godt vært bekymring for sikkerheten i nabolaget. Unnlattelse av å undersøke slike forhold gir et vesentlig beskyttelsesgap ved bruk av bevis. Søkeren ble avvist, delvis fordi deportasjoner fra Etiopia til Eritrea hadde opphørt.

Advokatenes rolle ved innsamling av bevis og oppfølging av anførsler er svært variabel. Enkelte gir en utførlig dokumentasjon (menneskerettighetsrapporter, medisinske rapporter, osv.) og solid argumentasjon basert på juridiske, politiske, eller moralske betraktninger. Andre supplerer ikke saken på noen som helst måte. Et forhold som begrenser innvilgelsen av asyl er at enkelte advokater venter til klageomgangen før de supplerer saken med nødvendig dokumentasjon (slik som medisinske rapporter som bekrefter tortur, osv.). En søknad som burde fått asyl i førsteinstans-nivå får nødvendigvis ikke slik beskyttelse fordi de tilgjengelige beviser ikke har blitt fremlagt før klagen på avslaget foreligger. I de saker der det tilkommer nye beviser eller nye opplysninger fra søkeren er dette forståelig. Mange flyktninger er tilbakeholdne med å snakke om tidligere tortur eller voldtekt, slik at detaljene ikke kommer frem før på et senere tidspunkt i saksbehandlingen. Man har imidlertid et problem dersom opplysningene fremkommer så sent på grunn av andre interesser. Advokater bør derfor gis tilstrekkelig tid og ressurser til å komplettere saken. På samme måte, av ressurshensyn er advokater ofte ikke tilstede under intervjuene, noe som gjør at risikoen for feil derved øker:

- Sak FJ omhandlet en kurdisk kvinne fra Irak som fryktet forfølgelse etter at hun ble oppsøkt av sikkerhetsagenter fordi hun ødela et bilde av Hussein under en parade. Hun ble gitt humanitær beskyttelse istedenfor asyl, delvis fordi hun var mindreårig uten ledsager og fordi det ansås å foreligge tvil om hennes troverdighet ettersom hun nektet å snakke arabisk. Hennes advokat var ikke tilstede under intervjuet, noe som kan ha påvirket troverdighetsvurderingen.

Godt dokumenterte saker kan ha økte muligheter for å få innvilget beskyttelse. Fri rettshjelp er av vesentlig betydning for å gi asylsøkere en mulighet til å oppfylle bevisbyrden gjennom komplettering av saken med dokumentasjon ut over forklaringen (slik som fødselsattester, reisedokumenter, brev fra vitner, brev som bekrefter integrering og god karakter, rapporter som beskriver tilstanden i landet og situasjoner angående menneskerettigheter), for å bringe klarhet i misforståelser eller feil og for å forklare manglende bevis. Advokater bør på lignende måte sørge for å identi-

fisere alle relevante beskyttelsesspørsmål og fremlegge fullstendige argumenter; noen ganger kan søknaden bli begrenset til en standard formulering som ikke fyller disse krav.

Noen saksbehandlere påpekte behovet for en medisinsk uttalelse (for å dokumentere medisinske eller psykiatriske forhold av relevans for søknaden) men fikk det ikke alltid dokumentert. Generelt er det antatt at advokaten er ansvarlig for å ordne slike konsultasjoner. Det er derfor viktig at ansatte i UDI erkjenner at de har et felles ansvar for å sørge for at saken er fullstendig ved å henvise til relevante menneskerettighetsrapporter eller be om psykiatrisk/medisinsk evaluering hvor dette synes nødvendig.³⁸ Det er bekymringsfullt at effektivitetspresset på saksbehandlerne begrenser deres muligheter til å fremskaffe nødvendige rapporter, brev eller andre beviser som kompletterer saken. UNE har enkelte ganger måttet be om en medisinsk vurdering som burde ha vært foretatt av UDI. Dersom slikt initiativ hadde blitt tatt, ville innvilgelse av asyl eller humanitær beskyttelse ha funnet sted i første instans og ikke på klagenivå.

Det er videre en variasjon blant saksbehandlerne tillit til objektiviteten av medisinske og psykiatriske uttalelser. Enkelte bruker dem direkte for å underbygge innvilgelse av beskyttelse, andre overser dem som irrelevante eller unnlater å nevne hva legen har skrevet i det hele tatt:

- Sak HJ gjaldt en jugoslavisk mindreårig av albansk etnisitet som hadde psykiske problemer som skyldtes tidligere traumer. Dette ble dokumentert av en psykiater. UDI mistenkte ham for å være medlem av Frigjøringsarméen av Presevo, Bujanovac og Medvedja (UCPMB) og nevnte ikke den psykiske rapporten. Han ble avvist på grunnlag av den forbedrede situasjon for albanere.

En annen bekymring er at tilstedeværelsen av psykiske lidelser noen ganger kan overskygge de reelle grunnene for beskyttelse, og søkeren kan på dette grunnlag derfor få innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

- Sak HK omhandlet en familie av albansk etnisitet fra Kosovo; faren var fengselsvakt. Han ble truet av albanerne som ikke likte at han

³⁸ Se *Abassi v. INS*, 305 F. 3rd 1028, 1031 (9th Circuit 2002), som fremholdt at Immigrasjonsnemnda misbrukte sin diskresjon når de unnlot å drøfte lett tilgjengelige rapporter fra State Department om den gjeldende tilstand selv om søkeren unnlot å vedlegge rapporten i søknaden.

hadde arbeidet for serberne. Han ble jaget vekk fra hjemmet og beskyttet. Datteren ble gasset på skolen av serberne og fikk diagnosen paranoid psykose som følge av hendelsen på skolen og at hun så faren ble beskyttet. Familien ble gitt tillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn istedenfor asyl, antakelig på grunn av datterens psykiske helse. Man kan imidlertid hevde at faren kunne ha blitt plassert under sosial gruppe på grunn av sitt arbeide for serberne i fengselet (han ble derfor behandlet som en serber-sympatisør). Likeledes kunne datterens erfaring muligens ha vært "tvingende grunner" til å innvilge asyl, til tross for påståtte endrede forhold i landet. En Amnesty-rapport fremholdt at retur av minoritetsgrupper (og de som var identifisert sammen med dem) til Kosovo var risikabelt fordi landet var plaget av straffløshet, etnisk motiverte drap og overfall, så vel som diskriminering med hensyn til arbeid, helseomsorg og utdanning.³⁹ Man kan hevde at risikoen for hevn i øyeblikket er reell.

Andre saker viser gode henvisninger til flere kilder (faktisk er UNE's landrapporter ofte satt sammen fra ulike kilder), slik som rapporter fra U.S. State Department, Utenriksdepartementet, UK Home Office, Det kanadiske flyktningeråd, Organisasjon for sikkerhet og samarbeid i Europa (OSSE), Internasjonal Røde Kors komité (ICRC), UNHCR's retningslinjer på spesifikke emner, advokater eller NGOer, osv. Noen saksbehandlere lider imidlertid av for mye opplysninger. Det er for eksempel mange internasjonale organisasjoner og NGO'er som publiserer rapporter om mange typer spørsmål om Balkan. Det gir grunn til bekymring at søkere kan få innvilget beskyttelse på bakgrunn av at slik dokumentasjon eksisterer, i motsetning til saker fra Afrika, som ofte har alvorligere saker som likevel ikke alltid får innvilget asyl fordi det ikke alltid er mulig å verifisere. Til tross for henvisning til slikt materiale kan saksbehandlere i enkelte saker være tilbakeholdne med å stole på dette materialet for å begrunne en videre beskyttelse, dvs. beskyttelse av kvinner og barn som kommer fra krigssituasjoner.⁴⁰

³⁹ Se Amnesty: Kosovo-minoriteter er fanger i egne hjem (29. april 2003).

⁴⁰ Sammenlign med *Philomena Iweka Nwako v. INS*, 314 F 3rd 303 (7th Circuit 2002) som fremholdt at søkeren hadde et gyldig argument for at BIA misbrukte sin diskresjon da den unnlot å drøfte State Department-rapporter basert på den eksisterende situasjon i Nigeria.

- Sak EZ gjaldt en kvinne fra Algerie som var fraseparert fra sin voldelige ektemann. Hennes barn hadde traumer på grunn av et bombeangrep på skolen og farens misbruk. UDI henviste til UNHCR's Kjønnssretningslinjer og en rapport fra US State Department, men innvilget kun humanitær beskyttelse istedenfor asyl fordi søkeren hadde en stor familie å få støtte hos, og at den algeriske staten burde gripe inn i saker hvor det var alvorlig vold i hjemmet:

“Direktoratet viser til at kvinners generelle situasjon som følge av samlivsbrudd i Algerie, ikke anses for å være av en sådan art at det skulle være grunn til å frykte forfølgelse ved en retur til hjemlandet. Det er heller ikke grunnlag for å si at søker skulle være spesielt utsatt ved en retur til hjemlandet, selv om hun og barnet tidligere har vært utsatt for vold og trusler fra ektefellen. I den forbindelse er det lagt vekt på at søkeren har en stor familie i hjemlandet og at algeriske myndigheter vil reagere mot alvorlige overgrep som finner sted innen ekteskapet.”

I ovennevnte sak bemerket saksbehandleren faktisk i merknadene at en psykisk vurdering kanskje kunne være fordelaktig.

- I sak FC utførte UDI imidlertid en grundig analyse om risikoen for at en desertør fra den eritreiske armé kunne få dødsstraff. Saksbehandleren fant frem flere rapporter fra forskjellige statlige og ikke-statlige enheter for å begrunne en avgjørelse om humanitær beskyttelse; Asyl kunne ha vært innvilget, men ble ikke det.

I andre situasjoner kan UDI påberope manglende informasjon for å begrunne at forholdene ikke representerer noe problem:

- Sak FD handlet om en Eritreisk mann som var medlem av den Eritreiske frigjøringsfronten (ELF) og delte ut flygeblader. Advokaten rettet kritikk mot UDI for at de feilaktig hadde påpekt manglende tilgjengelig informasjon om land hvor det var vanskelig å få frem skrevne og publiserte rapporter fra. Søkeren ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl fordi saksbehandleren bemerket at han ikke var tilstrekkelig profilert i partiet, og at det var mangel på informasjon om arrest eller drap på ELF-medlemmer.

Andre advokater klaget over at enkelte saksbehandlere ikke henviste til beviser som de hadde fremlagt. Det kunne derfor ikke garanteres at det var tatt hensyn til dette beviset i vedtaket. Vedtakene bør omfatte henvisninger til fremlagte bevis samt en vurdering av bevisverdien. Sakene som

vi gjennomgikk var forskjellige. Enkelte vedtak hadde direkte henvisninger til fremlagte bevis mens andre kun hadde delvise henvisninger, og atter andre hadde ikke henvisninger i det hele tatt.

- En kurdisk kvinne fra Irak mottok i sak BG dødstrusler fra den islamske bevegelsen, nektet å gå i tradisjonell bekledning og ble nektet beskyttelse. Søsteren ble arrestert og hun ble ansett å arbeide for kvinnefrigjøring og kristendom. Hennes far ble drept på grunn av sine aktiviteter for kurdene og kritikk av Hussein. Selv om hun la frem en arrestordre og medisinske rapporter som bekreftet psykiske og fysiske problemer, fant UDI henne ikke troverdig på grunn av utilstrekkelige detaljer. Hun ble videre ansett for å mangle tilstrekkelig objektiv informasjon til å bekrefte hennes anførsler, og hun ble beskyldt for ikke å ha søkt beskyttelse hos staten. På UNE-nivå ble hun avvist, og bevisbyrden for å ta ansvar for endring av risikonivået for forfølgelse ble plassert på søkeren selv:

”Nemnda anser det sannsynlig at klager, ved en fortsatt vestlig ”livsstil” som bryter med muslimsk skikk, kan risikere å provosere muslimer med påfølgende verbal trakassering. Nemnda kan heller ikke se bort fra at klager kan bli utsatt for nye trusler av strafferettslig karakter. Nemnda finner at disse omstendigheter ikke er mer alvorlige enn det som er påregnelig for alle som frembyr et religiøst eller kulturelt omstridt levesett.”

Denne avgjørelsen synes delvis å være basert på en orientering mot ikke-statlig misbruk, UNE karakteriserer handlingene som straffbare og bemerker: *”tilfeldige kriminelle forhold faller utenfor det anvendelsesområdet flyktningskonvensjon er ment å omfatte.”* UNE uttaler videre:

“...to verbale trusler etter praksis ikke etter sin art eller sitt omfang forhold som faller inn under definisjonen ’forfølgelse’. Selv en arrestasjon eller kortvarig fengselsstraff faller etter praksis i utgangspunktet utenfor begrepet ’forfølgelse’.”

UNE avgjorde at situasjonen da hadde endret seg såpass at staten kunne gi henne beskyttelse. Det uttales at gyldigheten av arrestordren som hun fremla ikke kan bekreftes og at det var tvil om dens ekthet. I stedet for å la tvilen komme søkeren til gode eller å finne en måte å verifisere ektheten av dokumentet på, ble det gitt avslag.

- Motsetningsvis, i sak BH omtalte UDI religion som den relevante beskyttelseskategori og innvilget asyl til en mann fra Afghanistan

som var involvert i et utenomekteskapelig forhold (hun ble gravid og de risikerte dødsstraff), for derved å anse ham som et offer på lignende måte som kvinner som er involvert i slike forhold. Dette var et meget godt eksempel på likeverdig beskyttelse anvendt på menn. UDI lot tvil om troverdighet komme søker til gode.

En henvisning til en UNHCR-avhandling som bemerket det manglende generelle behov for beskyttelse i Nord Irak synes å ha hatt negativ innvirkning for søkere fra dette område, til tross for at deres individuelle forhold viser seg å være det motsatte av den generelle situasjonen.⁴¹ Lignende problemer oppstår i forhold til Montenegro og Syd-Serbia. Vurdering av det individuelle behov for beskyttelse blir ofte ignorert på grunn av generelle avgjørelser om den bosniske og albanske befolkningen i området. Selv i ekstreme situasjoner hevder UDI at slike handlinger ikke utgjør “følgelse etter konvensjonen eller loven”, og at det er kriminelle handlinger som skal behandles i det nasjonale rettssystemet:

- Sak FF gjaldt en kvinne av bosnisk etnisitet fra Jugoslavia hvis mann gjennomgikk to attentatforsøk fra det militære. Hun ble truet med voldtekt og bortføring av barna. Hun fikk avslag og ble rådet til å søke assistanse fra nasjonale myndigheter: *“Ifølge direktoratets kunnskap om situasjonen i Montenegro, foreligger det ikke et generelt beskyttelsesbehov for den bosniske befolkningen i området.”* Det var ingen drøftelse om realiteten i muligheten for rettferdighet.

Saksbehandlerne synes videre å ha tillit til internasjonale organisasjoners fysiske tilstedeværelse i visse land for å legge grunnlag for retur av asylsøkere uten tilstrekkelig vurdering av de facto adgang til beskyttelse eller individuelle forhold:

- Sak FG omhandlet en etnisk albaner fra en by som var okkupert av serbere. Han fikk avslag delvis basert på den (formalistiske) anvendelse av interne fluktalternativer og tilstedeværelsen av fredsbevarende styrker som FN og OSSE i området. UNE-sak FH handlet om en serbisk mann fra Kroatia som uttalte at han ble diskriminert, overfalt, truet og trakassert fordi han var homofil. Han fikk ingen hjelp fra politiet. UNE rådet ham til å søke hjelp fra OSSE og viste til nedleggelse av UNHCR som bevis på sikkerheten der. Han fikk avslag til tross for at representanter for disse organisasjonene mente

⁴¹ Se U.S. Committee for Refugees, Landrapport for Irak (2002) som viste til de Nord-Irakiske fordrevnes behov for og avhengighet av humanitær bistand.

at deres blotte tilstedeværelse ikke garanterte tilstrekkelig beskyttelse fra staten eller en sikker og verdig situasjon for de som blir returnert.

Organisasjonene har også utgitt rapporter som spesielt kommenterer mangelen på visse lovers reelle virkning, dvs. amnestier gitt til militære- nektere, men saksbehandleren henviser ikke alltid til informasjonen i sin vurdering.

- Sak FI gjaldt en desertør fra Jugoslavia. Hans søknad ble avslått og det ble henvist til en amnestilov. UDI unnlater å drøfte en rapport fra FN-kontoret for koordinering av humanitære anliggender, (OCHA) som stiller spørsmål ved amnestilovens reelle verdi.

Forfølgelsens lange arm

Sak FK handlet om en søker som fryktet forfølgelse på grunn av sitt ekteskap med en kvinne mot hennes families ønske. UDI mottok et brev som beskyldte ham for å bedra staten i asylprosessen. Avgjørelsen om å avslå søknaden inneholdt ingen drøftelse av brevet som potensielt bevis på forfølgelse av en ikke-statlig aktør – forfølgelsens lange arm. Lignende bekymringer er til stede med hensyn til situasjoner hvor opprinnelsesstaten sender en forespørsel (nevnt i avsnittet om eksklusjon).

Anbefaling:

- *Kommentaren til loven bør koble bevis til konklusjonen om tilfredsstillende av flyktingedefinisjonen. Kommentaren bør inkorporere subjektive vilkår som gjenspeiler asylsøkerens personlige erfaring (samt de som er i slekt/forbundet med ham) og uttrykk for frykt på samme nivå som objektive vilkår når det foretas en vurdering av "velbegrunnet frykt". Henvisningen bør gjøres om til vilkår for å tilfredsstillende det subjektive aspektet ved gjennomgåelse av bevis, også drøftelse av troverdighet og standarden om å la tvilen komme søkeren til gode.*
- *Advokatforeningen bør utgi retningslinjer angående advokatens plikter, særlig med tanke på å tilfredsstillende beviskravene – anskaffelse av tilleggsdokumentasjon, bekreftende forklaringer og klare uttalelser om søknaden fortjener asyl, i motsetning til humanitær*

beskyttelse. Advokater bør avstå fra å bruke standardformuleringer og fremlegge fullstendige argumenter og identifisere alle beskyttelsesspørsmål.

- *Advokater bør gis tilstrekkelig med ressurser for å sikre deltagelse i alle intervjuer.*
- *Saksbehandlere bør forsikre seg om at de finner frem til alle relevante og tilgjengelige rapporter som angår spesielle beskyttelsesspørsmål eller situasjonen i de forskjellige landene.*
- *Saksbehandlere bør vurdere samtlige beviser, selv om de er motsi- gende og drøfte alle bevis som er fremlagt i saken.*
- *Myndighetene bør ansette medisinske og psykiatriske spesialister til å utføre interne vurderinger i UDI og UNE som kunne blitt bedre mottatt av saksbehandlerne.*
- *De ansatte bør i tillegg fortsatt få ekspert-forelesninger om de medi- sinske og psykiske aspekter av tortur og humanitære brudd.*

4.1 Troverdighet

Saksbehandlerne kan til en viss grad være redde for å gjøre feil eller skape for vid presedens og velger derfor humanitær beskyttelse isteden for asyl. Enkelte saksbehandlere har en tendens til å fokusere mer på troverdighets- spørsmål enn spørsmål om rettslig beskyttelse. Bruken av beskyttelseskate- goriene, dvs. asyl kontra humanitær beskyttelse svarer til slik praksis. Når de ble spurt hvordan de tilnærmet seg saker, svarer saksbehandlerne ofte at de prioriterer troverdighetsspørsmålet. Dette kan delvis forklare hvorfor avgjørelser har et større fokus på dette aspektet enn drøftelse av beskyttel- seskategoriene, omfanget av forfølgelse og effektiviteten av statens be- skyttelse. Enkelte UDI-saker foretok troverdighetsvurderingen før vurde- ringen av beskyttelsesbehovet og indikerte derved et hierarki av spørsmål som går i motsatt retning av målene i 1951-konvensjonen, hvis de er an- vendt på feil måte. Dette følger på en måte rimelige standarder for identifi- sering av faktum og for eliminasjon av åpenbart grunnløse søknader. Det er imidlertid viktig å ikke utvanne den primære plikten til å utføre en beskytt-

elsesanalyse i henhold til 1951-konvensjonen. Saksbehandlere bør gjennomgå samtlige beviser, og i tilfelle det foreligger dokumentasjon eller annet bevis som viser et mulig beskyttelsesbehov bør saken gjennomgås fullstendig, til tross for manglende troverdighet i søkerens forklaring.⁴² Saken om Chen v. Canada er illustrerende; Retten fremholdt at Immigrasjons- og flyktningenemnden tok feil da den ikke avgjorde om søkeren var et medlem av Falun Gong når den vurderte risiko for forfølgelse basert på bevis om medlemmer av Falun Gong, uavhengig av manglende troverdighet i forbindelse med hennes forklaring om tidligere forfølgelse:

“Nemnda fant i dette tilfellet at den ikke trodde på at søkeren selv hadde blitt forfulgt, men det var ikke slutten av saken. Søkeren kan vise at frykten som hun har er basert på handlingene som har blitt begått eller som sannsynligvis vil bli begått mot andre som tilhører den samme gruppen som søkeren. Det foreligger bevis i saken for at medlemmer av Falun Gong-gruppen har vært forfulgt i Kina. Søkerens anmodning om flyktningsstatus som Falun Gong-medlem kunne vinne frem dersom Nemnda fant at medlemmer av Falun Gong-gruppen var eller sannsynligvis ville bli forfulgt.”

1998-retningslinjene anerkjenner problemet med å opprettholde en høy bevisstandard i forhold til asylsøknader, og anmoder derfor at tvilen bør komme søker til gode:

”Når det derimot gjelder statusspørsmålet, dvs. spørsmålet om asyl skal gis i medhold av lovens § 17, har kravet i så måte vært stilt noe strengere. I utgangspunktet har det vært lagt til grunn at det her gjelder et krav til alminnelig sannsynlighetsovervekt for at søkeren virkelig er flyktning.

Det er nå besluttet at kravet til sannsynliggjøring av forfølgelsesfare som grunnlag for asyl skal senkes. Dette innebærer at tvilen i sterkere grad skal komme søkeren til gode, også i relasjon til statusspørsmålet.”

Dette kompletterer UNHCR's håndbok, som anmoder om gjennomføring av tvilen-kommer-til-gode:

Det er et generelt jurisk prinsipp at bevisbyrden påhviler den personen som fremsetter et krav. Imidlertid er søkeren ofte ikke i stand til å underbygge sine utsagn med dokumenter eller andre bevis, og

⁴² Se Jun Zhu Chen v. Canada (The Ministry of Citizenship and Immigration) 2002 F.T.R LEXIS 293 (April 26, 2002)

de tilfeller der søkeren kan fremlegge bevis for alle sine utsagn, vil være unntaket snarere enn regelen. I de fleste tilfeller vil en person som flykter fra forfølgelse ha ankommet med bare de nødvendige eiendeler og svært ofte til og med uten personlige dokumenter. Selv om bevisbyrden i prinsippet påligger søkeren, deles dermed plikten til å stadfeste og evaluere alle relevante fakta mellom søkeren og saksbehandleren. I noen saker vil det være opp til saksbehandleren å benytte alle de midler han har til sin rådighet for å frembringe det nødvendige bevis til støtte for søknaden. Selv slike uavhengige undersøkelser vil ikke alltid føre frem, og det kan også være utsagn som ikke egner seg for bevisundersøkelse. I slike tilfeller bør tvilen, så lenge hans redegjørelse fremstår som troverdig, og så lenge det ikke finnes gode grunner for det motsatte, komme søkeren til gode.

Det synes å være større sannsynlighet for at asyl blir innvilget i saker hvor forklaringen og/eller det dokumenterte beviset er klart og saksbehandleren anser søkeren som høyst troverdig:

- Sak U gjaldt en pakistansk mann som var medlem av en muslimsk organisasjon. Han drev i tillegg et trykkeri som utga litteratur og en avis, som ble undertrykt av regjeringen. Han hadde 92 offentlige klager mot seg og ble arrestert. Han fikk også trusler om at huset hans ville bli brent ned. Den fremlagte dokumentasjon ble vurdert til å være ekte, og UDI innvilget asyl basert på en positiv troverdighetsvurdering og forfølgelsesanalyse som karakteriserte dette som en klar sak.
- Se også sak V, som handlet om en afghansk politisk partileder som fryktet henrettelse av Taliban. UDI vurderte ham til å være troverdig og innvilget asyl på grunn av at hans høye stilling avdekket en klar sak.
- Sak W handlet om en mann fra Sudan som var medlem av Det sudanesiske folkets frigjøringsbevegelse, (SPLM) Syd-sudanesisk studentforening, (SOSSA) og Syd-sudanesisk uavhengighets bevegelse, (SSIM) og anførte også å ha vært politisk aktiv i Tyskland. Han anførte i tillegg å ha blitt trakassert på grunn av sin kristne tro og at han var militærnekter. UDI anså ham for å ha en høy grad av troverdighet og innvilget asyl (denne saken inneholdt en utmerket analyse i merknadene om forfølgelse, beskyttelsesgrunner, subjektiv og objektiv frykt og om at muligheten for internflukt ikke kunne anvendes).

- Sak FJ gjaldt en mann fra Algerie som ble anerkjent som flyktning av UNHCR. Han var medlem av Islamisk frelsesfronten (FIS). Han ga forelesninger om religion og var aktiv på vegne av de fattige. Han ble arrestert og torturert to ganger; i tillegg ble huset hans ransaket. Flere partimedlemmer ble drept. Han ble innvilget asyl fordi han ansås å ha en høy grad av troverdighet.
- Sak FX handlet om en mann fra Etiopa som støttet Oromo frigjøringsfronten (OLF) og ble underkastet omskolering og tortur. På grunn av at han hadde en høy grad av troverdighet ble han innvilget asyl.
- Sak GE handlet også om en mann fra Etiopa som ble utsatt for tortur og tilfeldig anholdelse på grunn av sine aktiviteter med Tigray-folkets frigjøringsfront (TPLF) og Hjelpeforening i Tigray (REST). Han ble innvilget asyl fordi han ble ansett for å ha en høy grad av troverdighet.
- UNE-sak DU handlet om en tilhenger av Komlal kommunistgruppe i Iran. Han skrev en bok som rettet kritikk mot regimet som førte til suspensjon fra jobben ved universitetet. Han fikk forbud mot å arbeide ved offentlige institusjoner (også skoler) på grunn av sine politiske meninger. Han anførte å ha vært aktiv i forlagsvirksomhet og radiokringkasting og for at han hadde bistått forfulgte personer. Han ble arrestert og torturert. UNE anså han for å være i myndighetenes søkelys og erkjente at det var en sannsynlighet for at han ville oppleve "alvorlige reaksjoner" ved retur. Han ble ansett for å være høyst troverdig og fikk innvilget asyl.
- UNE Sak DW handlet om et tidligere PUK-medlem (av kurdisk etnisitet) som hadde kunnskap om organisasjonens etterretningsaktivitet. Han skrev og distribuerte flygeblader og ble avhørt, arrestert og truet. Han ble ansett for å ha høy troverdighet og ble innvilget asyl.

I motsetning til dette ender saker som reiser tvil og som bruker tvilen-kommer-søker-til-gode-prinsippet oftere med humanitær beskyttelse enn med asyl:

- Sak FV handlet om en kvinne fra Iran som anførte å ha blitt utsatt for vilkårlig arrestasjon, intervensjon i hjemmet, forfulgt av anklager, krenkelser av personlig sikkerhet og umenneskelig behandling (juling) på grunn av hennes støtte til Bahaier. På grunn av tvil om hennes troverdighet (i tillegg til en merkelig avgjørelse om at straf-

fen ikke var utilbørlig) ble hun innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

- Sak GL handlet om en mann fra Congo som påsto å ha blitt vilkårlig arrestert og anklaget for å være Tutsi-sympatisatør og spion. Han ble ikke ansett for å være troverdig og fikk ikke innvilget humanitær beskyttelse.
- Sak FZ handlet om en kongoleser som sto i fare for dødsstraff som kunne karakterises som umenneskelig behandling på grunn av hans tjenestegjøring under Mobutu. På grunn av en lav troverdighetsvurdering (og at UDI hadde unnlatt å identifisere sosial gruppe eller politisk mening) ble han innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.
- Sak BU handlet om en mann fra Algerie som var medlem i en organisasjon for slektninger av terrorofre. Hans bror ble drept av islamister og han påsto at han var utpekt av dem. UDI avgjorde at hans manglende personlige aktivitet gjorde risikoen for forfølgelse lik null (og det var derfor ingen analyse av tillagt politisk mening eller sosial gruppe). Han ble ansett for å ha en lavere troverdighetsgrad fordi han ga en annen forklaring i Danmark. Saksbehandleren avgjorde at spørsmål om troverdighet ikke er av avgjørende betydning særlig hvor staten har evne til å beskytte ham. Tvilen kom søker til gode, men bare etter humanitær beskyttelse etter 15-månedersregelen, ikke asyl.

At tvilen som kommer søker til gode resulterer i asyl og oppholdstillatelse etter 15-månedersregelen kan gjenfinnes i eldre saker:

- Sak GA handlet om en mann fra Congo som ble utsatt for vilkårlig arrest for sitt engasjement i *Rassemblement du Peuples Burundais* (RPB). Tvilen kom ham til gode og han ble innvilget asyl på grunn av den medgatte tid etter inngitt søknad.
- Sak GH handlet om en lesbisk kvinne fra Etiopia. I hennes hjemland var dette straffbelagt. Hun ble innvilget asyl både på grunn av den medgatte tid og at tvilen kom henne til gode.
- Sak GU handlet om en kvinne fra Sudan som påsto å ha blitt utsatt for vilkårlig arrestasjon og intervensjon i hjemmet samt krenkelser av personlig sikkerhet på grunn av hennes religion. UDI tvilte på hennes troverdighet og innvilget humanitær beskyttelse under 15-måneders-regelen.

I tillegg til troverdighetstvil, har det også vært reist tvil om hvorvidt anførte hendelser virkelig har funnet sted, risikonivå, identifikasjon med beskyttelseskategorier, osv. Det er en tendens til å innvilge humanitær beskyttelse istedenfor asyl:

- Sak R handlet om en enslig, irakisk-kurdisk mindreårig uten ledsager som anførte at medlemmer av det Kurdiske arbeiderparti (PKK) kjørte over ham fordi broren hadde rettet kritikk mot partiet i avisene. I tillegg påsto han at det ble kastet stein mot huset hans, strømmen ble brutt og eksplosiver ble satt på veggen. Den patriotiske union av Kurdistan (PUK) sprengte bomben. UDI unnlot i tilstrekkelig grad å diskutere tillagt politisk mening og avsto asyl på grunn av at det ble ansett som usannsynlig at PUK ville utføre slike handlinger i et område som var kontrollert av PUK:

“Direktoratet mener at søkeren ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at han ved retur til sitt hjemland står i fare for å bli utsatt for reaksjoner som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Søkeren har ikke utvist politisk aktivitet av en slik art eller i et slikt omfang at det kan gi grunn til å frykte forfølgelse ...

Direktoratet har videre merket seg søkerens opplysninger om sine egne og familiens problemer med PKK. Direktoratet legger til grunn av PUK har evne og vilje til å beskytte innbyggere i sentrale strøk av sitt område...

Direktoratet har videre vurdert søkerens opplysninger om at han skal ha blitt kjørt ned av PKK-tilhengere på motorsykel. Direktoratet mener at dette kan karakteriseres som en kriminell handling som bør anmeldes til myndighetene i området, og at dette forhold ikke kan regnes som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. I dette tilfellet legger direktoratet også til grunn at PUK har evne og vilje til å gi søkeren beskyttelse.”

Søkeren hadde tidligere vært registrert i Tyskland under en annen identitet, og hans historie hadde derfor delvis formodningen mot seg. Han fikk humanitær beskyttelse istedenfor asyl på grunn av troverdighetstvil kombinert med en negativ risikovurdering.

I enkelte tilfeller kan saksbehandlerne være blåøyde med hensyn til sammenheng i grusomheter og den straffløshet som gjennomsyrrer opprinnelseslandet. Dette resulterer i søknader som i et vestlig og demokratisk

samfunn ser ut til å være søkt:

- Sak FO, hvor søkeren arbeidet på en restaurant i Russland og anførte at han ble tvangsrekruttert til tjenestegjøring i Tsjetsjenia på grunn av en disputt hvor han ikke kunne skaffe bord til viktige Duma-medlemmer. UDI bemerket at “*det ikke er sannsynlig at sentrale politikere skal ha brukt sin posisjon til å tvinge søkeren til slik tjeneste bare på grunn av en triviell konflikt hvor han som kelner på en restaurant måtte la dem vente på bord.*” Rekrutteringsdokumentene som søkeren fremla ble ikke behandlet. Den fremlagte medisinske dokumentasjon, som bekreftet hodeskade og tap av to fingre, ble brukt mot ham idet saksbehandleren anså dette som grunner til at det var usannsynlig at han ville bli sendt til Tsjetsjenia.⁴³ Etter min mening ville en slik hendelse være fullt mulig i Russland og andre nasjoner som er påvirket av svak rettsikkerhet.

Som tidligere nevnt kan saksbehandlere finne det enklere å fastslå sterke menneskelige hensyn enn å vurdere standardene for konvensjonsgrunner eller humanitær beskyttelse. Dette synes også å påvirke bruken av tvilen-kommer-søker-til gode fordi bevisstandarden ofte er lavere i saker som gjelder sterke menneskelige hensyn. Det blir selvfølgelig raskere saksbehandling, men innskrenker implementeringen av 1951-konvensjonen fordi grunnene til beskyttelse faller utenfor dens rammeverk:

- Sak T, en columbiansk asylsøker anførte risiko for forfølgelse på grunn av at han nektet å skjule våpen for *Ejercito de Liberacion Nacional* (ELN). Selv om UDI var skeptiske ble det innvilget asyl uten nærmere undersøkelse av saken. Søkerens helseforhold (han var HIV-positiv) synes å ha påvirket vurderingen av søknaden, og tvilen kom han til gode.

Stikkprøvene av sakene avdekket at saksbehandlerne lot tvilen komme søkeren til gode, særlig i saker som gjaldt utsatte individer, slik som mindreårige eller kvinner. Følgende saker inkluderer innvilgelse av asyl og

⁴³ Saksbehandleren vurderte i tillegg hans troverdighet som liten fordi han hadde blitt dømt for tyveri i Norge. Saksbehandleren resonerte at en “virkelig flyktning” ikke ville risikere deportasjon ved å begå tyveri. Dette avdekket derved manglende forståelse for realiteten i en flyktnings liv på et flyktingemottak. Saksbehandleren la vekt på søkerens manglende evne til å huske datoer; søkeren anførte at problemene skyldtes hodeskaden, noe som ikke ble tatt i betraktning av saksbehandleren.

humanitær beskyttelse. Hovedforskjellen her er drøftelsen av de relevante rettigheter og beskyttelsesmuligheter, særlig med hensyn til opprinnelsesstatens rolle med å fremme forfølgelse, enten direkte eller ved samtykke til handlinger av ikke-statlige aktører:

- Sak O gjaldt en jente fra Irak som ble tvangsgiftet som oppreisning for et mord. Hennes mann torturerte og forsøkte å drepe henne. Hun flyktet, men brødrene sendte henne tilbake. Moren hennes ble drept og søstrene kunne ikke hjelpe henne. Det fremkom motsigelser i hennes forklaring, men UDI lot tvilen komme henne til gode, og fullførte en god analyse av sosial gruppe, ikke-statlige aktører, ingen mulighet for beskyttelse og at skilsmisse var umulig. Søkeren ble innvilget asyl.
- Sak P handlet om en enslig mindreårig asylsøker fra Irak som fryktet henrettelse på grunn av at han nektet å delta i paramilitære gruppen “Hæren for Jerusalems uavhengighet”. Han ble ikke ansett som fullstendig troverdig av UDI på grunn av manglende detaljkunnskap. De lot imidlertid tvilen komme ham til gode og innvilget humanitær beskyttelse. Det var dog liten drøftelse av spørsmålet om tvangsrekruttering, både når det gjaldt handlingens legitimitet og straffens omfang osv.
- Sak Q handlet om en kroatisk kvinne og hennes barn som opplevde vold i hjemmet, trusler på livet. De ble satt på gaten av ektemannen og fikk ingen beskyttelse fra staten på grunn av mannens profesjonelle tilknytning til staten. Tvilen kom henne til gode og hun fikk tilatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn på grunn av søkerens psykiske problemer. Det var imidlertid ingen drøftelse av sosial gruppe eller CRC.

Et annet felt som man bør ha i tankene i forbindelse med forebygging av brudd på beskyttelsesprinsipper, er hvor det er tvil om en persons nasjonalitet. Det er utvilsomt misbruk av systemet blant asylsøkere som kvitter seg med dokumenter og oppgir en annen nasjonalitet i håp om å få innvilget opphold. Det forekommer imidlertid også saker hvor en søkers nasjonalitet kan være uklar på grunn av uklare territorielle grenser, alminnelig nomadisk praksis, osv. 1951-konvensjonen krever ikke at personer har en nasjonalitet for å bli anerkjent som flyktning. Saker bør derfor ikke forkastes på grunn av manglende fastslått nasjonalitet i de saker der det foreligger en tilstrekkelig forklaring. Man kan tenke på Dulane-saken i USA som handlet om en mann fra Ogaden, som er en Etiopisk nomadisk klan, men som sene-

re flyktet til Somalia og fikk Somalsk pass (hans nasjonalitet var derfor uklar, noe han innrømmet).⁴⁴ Tenth Circuit Court omgjorde Immigrasjonsnemndas avgjørelse om avslag på grunn av nemndas manglende drøftelse av om søkeren hadde fremvist en velbegrunnet frykt for forfølgelse dersom han returnerte til Etiopia eller Somalia.

Anbefalinger:

*Utlendingsmyndighetene understreker tilstedeværelsen av troverdige fakta som den første delen av vurderingen, noe som får støtte av KRD (rapporten bemerker faktisk at møter i (UNE) nemnden brukte mesteparten av tiden til slike bestrebelser, noe som i én sak utgjorde 60-70%. Den resterende tid var fordelt mellom landinformasjon og juridiske spørsmål).*⁴⁵ Vår hovedanbefaling er at det bør trekkes opp retningslinjer som gjelder vilkår for en troverdighetsvurdering, og som drøfter følgende prinsipper, utledet fra retningslinjer og praksis i Canada og USA:

- *Saksbehandlere bør plassere drøftelsen av troverdighetsspørsmål i vedtakene fordi når vurderingen fremstår i merknadene har verken søkeren eller advokaten mulighet til å forstå på hvilket grunnlag avgjørelsen ble til. Ved å fremheve konkrete grunlag for tvil kan søkeren forstå om det har oppstått en feil eller misforståelse etc.*
- *Søkeren må alltid gis anledning til å imøtegå troverdighetsspørsmål, også til å få anledning til å forklare manglende dokumentasjon eller bruk av falske dokumenter.*
- *En troverdighetsavgjørelse bør baseres på individets forhold og de beviser som er forelagt.*
- *Individuelle forhold bør også behandles “i lys av generelle opplysninger om forhold og lover i søkerens opprinnelsesland, og erfaringer hos personer som er i en lignende situasjon i det landet”.*⁴⁶ *Henvisning til sammenhengen kan underbygge søknaden, men det er imidlertid viktig å bemerke at individer har særlige opplevelser*

⁴⁴ Dulane v. INS, 46 F. 3rd 988 (10th Cir. 1995).

⁴⁵ Se RH Knoff, Evaluering av Utlendingsnemnda 64 (RH Knoff februar 2002).

⁴⁶ Canadian Immigration and Refugee Board, Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection 3 (IRB June 29 2000).

som ikke alltid kommer frem i generelle rapporter. Mangelen på slik bekreftelse bør ikke nødvendigvis føre til avslag på søknaden.⁴⁷

- *Når man utfører en troverdighetsanalyse er det en grunnleggende rettssikkerhetsmessig standard at saksbehandleren påpeker **spesifikke, tvingende og beviskraftige grunner for tvil**. Saksbehandleren bør ikke henviser til generelle uttalelser eller mindre feil/motsigelser som bevis på manglende troverdighet. Man på peke på **vesentlig selvmotsigende uttalelser, motstridende bevis og usannsynlige forklaringer**. Saksbehandlere bør **avstå fra å spekulere eller anta** for å trekke et behov om beskyttelse i tvil. Den enkelte saksbehandler må alltid vise til saken og det fremlagte bevis.⁴⁸ Saksbehandleren bør aldri ignorere et bevis eller bare anvende deler av det – alle muntlige og skriftlige bevis må få en helhetlig behandling og motsigende bevis må også tas i betrakning. Grunnen for å tvile på troverdighet må være **vesentlig og ha en legitim sammenheng med funnene**.*
- *Saksbehandlere bør avstå fra delvis vurdering av beviser: Det er fullt mulig at noen som har løyet i sin forklaring likevel kan ha behov for beskyttelse på bakgrunn av andre bevis, som for eksempel medisinsk dokumentasjon på tidligere tortur, bevis på trussel om fremtidig forfølgelse av personer i lignende situasjoner, dokumentbevis som beskriver negative tilstander i landet osv.⁴⁹ Avvisning av en forklaring bør derfor ikke føre til avslag dersom dokumentasjonen er pålitelig. Saksbehandleren bør gi bestemt uttrykk for hvilket bevis som ikke er lagt til grunn og hvorfor.*
- *Små uoverensstemmelser og uvesentlige innrømmelser som ikke avdekker noe om søkerens sikkerhetsmessige frykt, og derfor ikke berører “kjernen av asylsøknaden” er ikke tilstrekkelig til å begrunne*

⁴⁷ Id. I 47-48, som siterer Guitierrez, Efred Alejandro Martinez v M.C.I. (F.C.T.D., no. IMM-3291-99), Lachowski v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992), 18 Imm L.R. (2nd) 134 (F.C.T.D.), Ahortor v. Canada (Ministry of Employment and Immigration) (1993, 21 Imm. L.R. (2nd) 39 (F.C.T.D), Selvarajah, Rajikumer v. M.E.I. (F.C.A. no. A-342-91), Heald, Stone, McDonald, April 14 1994, Nebea v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998), 45 Imm. L.R. (2nd) 61 (F.C.T.D.).

⁴⁸ Se f. eks. Frimpong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1989), 8 Imm. L.R. (2nd) 183 (F.C.A.).

⁴⁹ Se Canadian Immigration and Refugee Board, Vurdering av troverdighet i søknader om beskyttelse som flyktning 13 & 27 (IRB June 28 2002).

ugunstige funn om troverdighet.⁵⁰ Troverdighetsvurdering er en viktig del av beslutningen, men den bør anses som sekundært til selve behovsanalysen.

- *UNE bør omgjøre vedtak om manglende troverdighet som ikke har grunnlag i sakens bevis.*
- *Dersom søkerens forklaring er troverdig bør den være tilstrekkelig til å oppfylle bevisbyrden uten videre bekreftelse.⁵¹*
- *Saksbehandleren bør ta i betraktning forhold som kulturelle faktorer, alder, utdanning, kjønn og psykiske lidelser som kan føre til manglende klarhet, forvirring eller uoverensstemmelser i forklaringen.⁵²*
- *Det er videre behov for å ta med tvilstandarden i kommentaren til loven fordi dens innbefatning i retningslinjene fra 1988 synes å ha hatt begrenset virkning. Den er for eksempel ofte anvendt på utsatte kategorier eller brukt til å innvilge en lavere beskyttelsesstandard (humanitær beskyttelse eller beskyttelse av sterke menneskelige grunner fremfor asyl.)*

⁵⁰ Se for eksempel *Chen Yun Gao v. J. Ashcroft, Attorney General of the United States*, 299 F. 3rd 266 (3rd Cir. 2002), som viser til *Vilorio-Lopez v. INS*, 852 F 2nd 1137, 1142 (9th Cir. 1988).

⁵¹ Se *Georgis v. Ashcroft, Attorney General of the United States*, 2003 U.S. App. LEXIS 9648 (7th Cir. 2003).

⁵² Se Juliet Cohen, "Spørsmål om troverdighet: Unnlater, uoverensstemmelser og hukommelsesfeil i forklaringer til asylsøkere", i 18 (3) *International Journal of Refugee Law* 293 (Oxford 2002); se også Walter Kalin, "Vanskelig kommunikasjon: kryss-kulturelle misforståelser i asylsaker" i 20 *International Migration Review* 230 (1986).

5. Forfølgelse

5.1 Begrepet forfølgelse

Det er ingen universell definisjon av forfølgelse. Begrepet er underkastet forskjellig tolkning i ulike stater, organisasjoner, hos teoretikere og til og med de enkelte saksbehandlere.⁵³ Ifølge Goodwin-Gill krever vurderingen av forfølgelse en undersøkelse av grunner, interesser og tiltak.⁵⁴ Grunner peker på uberettigede hensikter, slik som minoritetsutryddelse, oppnåelse av politisk kontroll osv. En vanlig feil som saksbehandlere begår er antagelsen om at et forhold som ikke kan knyttes til en konvensjonsgrunnstenger for eksistensen av en hensikt som er relatert til en konvensjonsgrunn. Saksbehandlere bør være oppmerksom på sammensatte forfølgelsesmotiver. Interessene henviser til truede menneskerettigheter, sivile og politiske interesser og sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter (individuelle og kollektive rettigheter), f. eks. rett til liv, rett til arbeid, rett til medlemskap i en forening, osv. Tiltak refererer seg til handlinger i både passiv og aktiv forstand, slik som påføring av fysisk eller psykisk skade, nektelse av borgerlig deltagelse, ekspropriering av eiendom diskriminerende politikk, osv.

Man må fullføre vurderingen av rettighetens art, restriksjonens art og omfang samt sannsynligheten for at slike restriksjoner bli pålagt. Krenkelser av menneskerettigheter som det ikke kan fravikes fra, slik som retten til liv, frihet fra tortur eller grusom, umenneskelig, nedverdiggende behandling, frihet fra slaveri, forbud mot tilbakevirkende straff for lovbrudd, anerkjennelse som et individ etter loven og tanke-, samvittighets-, og religionsfrihet, er anerkjent som forfølgelse. Ytringsfriheten, forsamlings- og organisasjonsretten er ansett for å være de tradisjonelle garantier i et demokratisk samfunn, og krenkelser er derfor ofte ansett for å være forfølgelse når de

⁵³ Se Vigdis Vevstad: Beskyttelse for flyktninger: En europeisk utfordring 63-71 (Tano 1998), Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* 66-77 (Clarendon 1996), James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status* 99-133 (Butterworths 1991), Terje Einarsen, *Retten til Vern* 285-325 (Cicero 2000).

⁵⁴ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 78 (Clarendon Press 1996).

går for langt. Vilkarlig inngrep i en persons og hans families private hjem, tilfeldig arrestasjon og anholdelse, rettsnektelse, ulikverdig beskyttelse og krenkelser av en persons rett til frihet og sikkerhet kan også være grunner til at det konstateres forfølgelse. Nektelse av adgang til arbeid slik at grunnleggende behov som for eksempel mat og husly ikke kan dekkes, ekspropriasjon av eiendom uten erstatning, nektelse av grunnleggende skolegang og helseomsorg kan også anses for å være forfølgelse, ofte i gruppeforstand. Brudd på menneskerettigheter kan videre anses som forfølgelse når de blir vurdert samlet. Dette øker muligheten for å yte beskyttelse til personer som blir utsatt for forskjelligartet misbruk som spenner fra sosioøkonomisk til sivile- og politiske eller grunnleggende og ikke-grunnleggende.⁵⁵ For å sikre en fullstendig vurdering av om det foreligger grunner til å konstatere forfølgelse krever faktum kort sagt en direkte kobling til rettigheter nedfelt i ICCPR, ICESCR, UDHR, CERD, CEDAW, CRC eller CAT osv. Forskjellige menneskerettsstandarder tillater derogasjon under visse forhold, f. eks. ICCPR art. 19, 21 og 22 tiltak for å opprettholde den offentlige orden, beskytte nasjonal sikkerhet, offentlig sikkerhet, folkehelsen eller moralske grunnsetninger eller andres rettigheter og friheter. Saksbehandleren bør imidlertid vurdere i hvilken grad tiltaket rasjonelt sett kan kobles til oppnåelse av slikt resultat, om tiltaket er proporsjonelt, og om det er anvendt på en diskriminerende måte.⁵⁶

⁵⁵ Se UNHCR's håndbok om saksgang og vilkår i vedtak om flyktningsstatus under 1951-konvensjonen og 1957-protokollen om flyktningsstatus (Genève 1992), avsnitt 53 "I tillegg kan en søker ha vært utsatt for forskjellige tiltak som i seg selv ikke utgjør forfølgelse (for eksempel ulike former for diskriminering), i noen tilfeller kombinert med andre ugunstige faktorer (for eksempel en generell atmosfære av usikkerhet i hjemlandet.) I slike situasjoner kan de ulike elementene, dersom de sees under ett, påvirke søkerens sinnstilstand på en slik måte at de rimeliggjør en påstand om en velgrunnet frykt for forfølgelse på "kumulativt grunnlag". Det er naturligvis ikke mulig å gi en generell regel for hvilke kumulative grunner som kan gi opphav til et berettiget krav på flyktningsstatus. Dette vil nødvendigvis avhenge av alle omstendighetene, herunder geografiske, historiske og etnologiske forhold."

⁵⁶ Den internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter sier for eksempel i art. 4 at: "Når det foreligger en offentlig nødssituasjon som truer livet til nasjonen og hvis eksistens er offisielt uttalt, kan de kontraherende stater ta skritt som derogerer fra deres forpliktelser under nåværende konvensjon i den utstrekning de er helt nødvendige og påkrevet av situasjonen, forutsatt at slike skritt ikke er i uoverensstemmelse med andre folkerettslige

Saksbehandlere bør vise til menneskerettigheter for å trekke opp et rammeverk for å skille ut forfølgelsessaker, dvs. at forfølgelse har funnet sted når derogasjonen går utover et akseptabelt **omfang** eller **varighet** eller når den er **diskriminerende**.

Man kan vurdere om loven bør endres til å omfatte en definisjon av forfølgelse. Romastatuttene til Den internasjonale straffedomstol inneholder en vid definisjon av forfølgelse: den forsettlige og alvorlige berøvelse av grunnleggende rettigheter som strider mot folkeretten på grunn av en gruppes identitet eller kollektivitet; Som en forbrytelse mot mennesker lister den opp “forfølgelse av en identifiserbar gruppe eller kollektivitet på grunnlag av politiske, rasistiske, nasjonale, etniske, kulturelle, religiøse, kjønn (definert som de to kjønnene, mann og kvinne i samfunnssammenheng), **eller andre grunner som er universelt anerkjent som utillatelig under folkerett**, i forbindelse med en handling beskrevet i denne paragrafen eller enhver forbrytelse under domstolens jurisdiksjon. Dette skaper en åpen klausul som er anvendelig på fremtidige former for forfølgelse og som ikke tidligere har forekommet, men som eliminerer grunnløse søknader ved å kreve et folkerettslig grunnlag.⁵⁷

Man kan alternativt overveie å inkorporere EU-definisjonen av forfølgelse ved vedtagelse. Europarådets forslag, Art. 11 (1) (a) gir følgende definisjon:

- 1) “ *Handlinger som er ansett som forfølgelse i forstand av art. 1 A av Genève konvensjonen må: a. være tilstrekkelig alvorlige i karakter som å utgjøre et alvorlig brudd på grunnleggende menneskerettigheter, sælig*

forpliktelser og ikke innebærer diskriminering bare på grunn av rase, farge, kjønn, språk, religion eller sosial opprinnelse.”

⁵⁷ Det har en tidsriktig liste over brudd som har med tvangsforflytning som en forbrytelse å gjøre.: tvangsforflytning av barn fra en gruppe til en annen er ansett for å være folkemord, tvangsoverføring eller deportasjon av befolkning er en forbrytelse mot menneskeheten, ulovlig deportasjon eller overføring er en krigsforbrytelse. Overføring av befolkning til et okkupert territorium eller ut av territoriet er også en krigsforbrytelse.

Voldtekt, seksuelt slaveri, tvungen prostitusjon, tvunget svangerskap, tvangssterilisering eller andre former for seksualisert vold er krigsforbrytelser, det samme som tvangsrekruttering av barn under 15 år i det militære eller til bruk i fiendligheter.

rettigheter hvorfra derogasjon ikke er tillatt under Art. 15 (2) av Den europeiske konvensjonen for beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter; eller b. være en opphoping av forskjellige tiltak, til å statuere brudd på menneskerettigheter som er tilstrekkelig alvorlige som å påvirke et individ på en slik måte som beskrevet i ledd (a)”.

2) Forfølgelseshandlinger som kan kvalifisere som slik under første ledd, kan bl.a. være som følger:

- a) fysiske eller psykiske voldshandlinger, også seksuelle voldshandlinger;
- b) juridiske, administrative, politi og/eller rettslige tiltak som i seg selv er diskriminerende eller som blir implementert på en diskriminerende måte;
- c) rettsforfølgelse eller straff som er urimelig eller diskriminerende;
- d) nektelse av rettslig oppreisning som fører til urimelig eller diskriminerende straff
- e) rettsforfølgelse eller straff for nektelse av å utføre militærtjeneste i en konflikt hvor militærtjeneste ville medført forbrytelser eller handlinger som faller under eksklusjonsklausuler som beskrevet i art. 14, annet ledd; handlinger som er av en kjønns- eller barnerelatert karakter.”

Anbefaling:

- Loven eller kommentaren til loven bør endres til å omfatte en definisjon av forfølgelse med følgende ordlyd: “forfølgelse består av alvorlige menneskerettighetsbrudd, ut over det tillatte omfang eller tidsperiode, eller en handling som utgjør alvorlig diskriminering”
- En forfølgelsesanalyse krever gjennomgang av relevante menneskerettigheter og nærværet av sammensatte brudd som kan utgjøre forfølgelse. Det bør foretas undersøkelser av forholdsmessigheten mellom det tenkte tiltaket, arten og hvor alvorlig frihet som trues er og sannsynligheten for at begrensningen implementeres. Saksbehandleren bør veie statens interesse (f. eks. opprettholde offentlig orden, helse, osv.) mot den enkeltes interesse i å utøve sin rett. Dersom til-

taket er en lov eller en forordning, kan det etter sin ordlyd være ulovlig (urettferdig utpeker den ene gruppe eller går for langt), den kan anvendes på en ulovlig måte (politiet kan håndheve den bare overfor en minoritet, eller tar en arrestordre for langt når det gjelder lengde eller anholdelse). KRD's foreslåtte forskrifter gir en definisjon på forfølgelse som utelater henvisning til diskriminering, men som anmoder om en kumulativ analyse:

“Det foreligger forfølgelse når en person risikerer alvorlige menneskerettskrenkelser eller andre alvorlige overgrep, og man ikke kan påregne effektiv beskyttelse i hjemlandet. Alvorlig menneskerettskrenkelse eller alvorlig overgrep foreligger når livsutfoldelsen til en person i vesentlig grad er truet. Selv om flere krenkelser hver for seg ikke kan anses som forfølgelse, kan de tilsammen føre til at utledningen må anses som forfulgt.”

- *I situasjoner hvor det ikke er konflikt, skal henvisning foretas til standarder i UDHRR, ICCPR, ICESCR, CEDAW, CRC, CERD, ECHR og andre menneskerettsinstrumenter for å vurdere forfølgelse.*
- *I situasjoner hvor det er konflikt og krig, skal brudd på de relevante humanitære rettslige beskyttelser (Genèvekonvensjoner og protokoller, Romastatuttene som etablerer ICC og konvensjonen mot folke mord) tas i betraktning ved fullføring av en forfølgelsesvurdering.*
- *Loven eller kommentaren til loven kan endres til å utvide anvendelsesområdet, ut over de fem beskyttelsesgrunner til å inkludere “andre grunner som er universelt anerkjent som utillatelige etter folkeretten” som gjort i ICC-statuttene.*
- *Saksbehandlere i UDI og UNE bør få utdelt en sjekklister over menneskerettsrettigheter for å styrke oppmerksomheten mot det som er relevant i en forfølgelsesvurdering.*

5.2 Oversikt over anførte menneskerettsbrudd i sakene

Følgende tabell viser en saksinndeling av anførte/implisitte rettigheter (fremtidige og tidligere), fordelt mellom de som ble innvilget asyl og de som ble innvilget humanitær beskyttelse. Det bør bemerkes at alle sakene har en implisitt henvisning til brudd angående manglende effektive retts-

midler og/eller grunnleggende ikke-diskriminerende garantier. Som forsørgede er barns rettigheter underrepresentert. Barnas behov eller interesser ble som oftest ansett å fortjene beskyttelse basert på sterke menneskelige hensyn, ikke asyl.

De vanligste rettigheter var førstegenerasjonsrettigheter, slik som retten til personlig frihet og sikkerhet, rett til liv og frihet fra tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling (også voldtekt). De to førstnevnte rettighetene ble oftere gjenfunnet i saker som ble innvilget humanitær beskyttelse. Den siste var mer vanlig i saker der det ble innvilget asyl.

Eiendomsrett, valg av bopel/bevegelsesfrihet, organisasjons- og forsamlingsfrihet samt frihet fra tvangsarbeid ble oftere funnet i saker som ble innvilget humanitær beskyttelse, mens ytringsfrihet viste en svak tendens mot asyl. Vilkårlig intervensjon i hjemmet, i familien eller privatlivet og overbevisningsfrihet (religion) var nesten jevnt fordelt.

Av interesse nevnes spesielt at retten til å velge ektefelle eller samtykke til ekteskap ble mer alminnelig i asylsaker, mens like foreldrerettigheter var noe mer vanlig i humanitær beskyttelse.

Sosio-økonomiske rettigheter, slik som retten til en tilfredsstillende levestandard, slik som mat, klær og tak over hodet, helse samt retten til å ta arbeid ble oftere gitt humanitær beskyttelse.

Selv om krenkelse av disse rettighetene ofte ikke anses å være tilstrekkelig til å utgjøre forfølgelse er det bekymringsverdig at de ofte er koblet til uavhjulpede sivile og politiske brudd eller forekommer som en del av systematisk diskriminering (se særlig kapitlet om retur). Det er også bekymringsverdig at ingen av tvangsrekrutteringssakene ble innvilget asyl, samtlige ble isteden gitt humanitær beskyttelse.

I likhet med andre tabeller ble mange av disse sakene innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl på grunn av negativ troverdighetsvurdering, negativ risikovurdering, eller manglende kobling til relevante beskyttelseskategorier. Hensikten med denne tabellen er imidlertid å understreke behovet for forståelse for og drøftelse av de relevante rettigheter i sakens fakta overfor advokater, NGOer, saksbehandlere og dommere. Vurdering av rettighetene krever forståelse for omfanget av den enkelte rettig-

het, særlig i forhold til de spesielle individuelle forhold. Som eksempel kan paramilitære grupper tvangsforflytning av en innfødt bonde nødvendiggjøre en vurdering av retten til eiendom under formell lov (Grunnloven eller privatrett, og UDHR art. 17) dersom han hadde skjøte/registrering eller sedvanebasert eiendomsrett (som er beskyttet under ILO-konvensjon nr. 169 art.14), i tillegg til retten til valg av bopel (ICCPR art. 12), retten til en tilfredsstillende levestandard, som inkluderer retten til mat osv. (ICESCR art. 11). Relaterte rettigheter, slik som regressrett (i praksis, ikke bare teoretisk) ville også trenge å bli vurdert.

Anførte brudd på menneskerettigheter	Innvilget asyl	Innvilget humanitær beskyttelse (både § 15 (1) og § 8 (2))
Rett til liv (ICCPR art.6)	30	45
Frihet fra tortur eller grusom, umenneskelig, nedverdiggende behandling (også voldtekt) (ICCPR art. 7)	33	21
Ytringsfrihet (rett til mening) (UDHR art. 19)	10	7
Rett til frihet/personlig sikkerhet (vilkårlig anholdelse og fysisk integritet) (ICCPR art. 9)	49	66
Overbevisningsfrihet (religion) (UDHR art. 18)	5	4
Rett til å velge bopel og bevegelsesfrihet (ICCPR art. 12)	3	13
Vilkårlig intervensjon i hjemmet, familien eller privatlivet (ICCPR art. 17)	17	18
Rett til eiendom (UDHR art. 17)	6	11
Regressrett (UDHR art. 8, ICCPR art. 2)	3	2
Lik beskyttelse etter loven (ICCPR art. 2 og 3)	2	4
Rett til nasjonalitet (UDHR art. 15)	1	2

Tvangsarbeid (ICCPR art. 8)	2	4
Forsamlings- og organisasjonsfrihet (ICCPR art. 22 og UDHR art. 20)	4	2
Rett til deltagelse i fagforening (IESCR art.8 og ICCPR art. 22)	1	0
Rett til tilfredsstillende levestandard, inklusiv mat, klær og husly (ICESCR art. 11)	2	7
Rett til helse (ICESCR art. 12)	2	3
Like rettigheter og ansvar som forelder (CEDAW art. 16)	0	3
Barnets beste interesser (CRC art. 3)	4	13
Rett til å velge ektefelle/samtykke til ekteskap (CEDAW art. 16)	12	5
Overlevelse og utvikling av barnet (CRC art. 6)	0	2
Frihet fra tvangsrekruttering (Protocol to CRC, CRC art. 88)	0	7
Rett til å ta arbeid (ICESCR art.6)	9	13
Rett til kultur (ICCPR art. 27)	0	1
Andre kjønnsrelaterte rettigheter	1	4

5.3 Henvising til internasjonal menneskerettslovgivning for å identifisere forfølgelse i norsk praksis

5.3.1 Generell bakgrunn

En av grunnene til den lave asylandelen er en manglende systematisert tilærming til bruken av menneskerettighetsstandarder i søknadsvurderingen. Det erkjennes likevel at UDI og UNE gjennomgår en omlegging som viser økt interesse til å bringe sin praksis nærmere de internasjonale standarder. Det er imidlertid en tendens til å skille nasjonal praksis fra internasjonale normer, se NOU 1983:47. Merk samtidig at inkorporering av flykt-

ningedefinisjonen ikke vil endre den norske flyktingedefinisjons karakter som formes i det norske rettssystem og ved institusjonell tolkning og praksis, under forutsetning at internasjonale avgjørelser kan vise seg å være for “teoretiske”, mens man samtidig anerkjenner at UNHCR’s mening og praksis fra andre land bør tillegges vesentlig vekt. UNE har et fagnotat (som verken er en retningslinje eller praksisnotat) som forklarer Utlendingslovens § 15 (1) (01.03.2002) og begynner med å råde saksbehandlerne til å vise forsiktighet ved tolkningen av loven, og lar EMD trekke opp utviklingsstandarder snarere enn å fremme endring på nasjonalt nivå. Dette forhindrer utvikling av asylpraksis fordi saksbehandlerne blir advart mot å være nyskapende. De skilles dermed fra synet om at en manglende internasjonal domstol til å behandle 1951-konvensjonen faktisk pålegger dem en større nyskappings-byrde i utviklingen av beskyttelsesprinsippene. Dette er av særlig bekymring tatt i betraktning der ansatte ikke blir oppmerksomme på en internasjonal utvikling som allerede har funnet sted fordi de muligens har liten tid til å lese avgjørelser fra internasjonale menneskerettighetsorganer eller andre nasjoners immigrasjonsmyndigheter, på grunn av produktivitetspresset.

Det synes å være en feilaktig tillit til prinsippet om “margin of appreciation” under ECHR, som ikke har noen sammenheng med 1951-konvensjonen om flyktingestatus, som grunnlag for å unnskyldt nasjonalt avvik fra internasjonal standard.⁵⁸ De norske utlendingsmyndighetene har en plikt til å tolke 1951-konvensjonen i god tro, i overensstemmelse med dens ordinære mening i sammenhengen og i lys av dens objektive formål (Wienkonvensjonen om internasjonale avtaler nr. 69 art. 31). De er videre forpliktet til å avstå fra handlinger som vil motarbeide målet og hensikten med konvensjonen (VCLT art. 18), som i tilfelle av 1951-konvensjonen er av humanitær karakter. Det feilbarlige synspunktet er at det er en “margin of appreciation” med hensyn til tolkningen av flyktingedefinisjonen. Dette kan bidra til mistolkning fordi saksbehandlerne kan være mindre tilbøyelige til å anvende konvensjons-tekstens vide mening for å sikre at avgjørelsen faktisk er i overensstemmelse med formålet i 1951-konvensjonen (og

⁵⁸ Se “Anførsler om kjønnsbasert forfølgelse i asylsaker”, UNE Fagnotat (16.20.2002), “Det er et anerkjent folkerettslig prinsipp at statene, innenfor visse grenser og ut fra egne behov og interesser, har en viss frihet – “margin of appreciateion ” – til selv å fastlegge det nærmere innholdet av sine folkerettslige forpliktelser”.

andre relevante menneskerettighetsinstrumenter).⁵⁹ Disse bekymringer kan betraktes overført fra forrige periode hvor Justisdepartementet behandlet asylspørsmål, særlig i forhold til at en vesentlig del av UNE-ansatte ble rekruttert fra departementet, slik at tradisjonene derfor ble opprettholdt.⁶⁰

UNE forsøker å kvitte seg med koblingen til det forrige organet. Nøkkelen til slik utvikling kan være å innarbeide saksanalyse som har en menneskerettighetsbasert tilnærming. Spørsmålet blir som en høne- eller egg-situasjon – hvordan kan en saksbehandler identifisere et sammensatt spørsmål dersom han/hun ikke har tilegnet seg kunnskaper om hva teori og rettspraksis sier om slike emner? På samme måte kan man spørre hvordan saksbehandlere kan delta i en utviklende tolkning av flyktingelovgivningen dersom de ikke anerkjenner sitt eget internasjonale mandat, som i sin tur krever henvisning til internasjonale kilder i tillegg til den nasjonale praksis. Man risikerer at beskyttelsesgapet opprettholdes dersom saksbehandlerens tillit til tidligere institusjonell praksis som veiledning for saksbehandlingen går på bekostning av henvisninger til flyktninge- og menneskerettighetsteori eller komparativ- og internasjonal rettsvitenskap. Sakene avdekket liten henvisning til internasjonale menneskerettighetskonvensjoner. Generelt så det ut som om drøftelser av internasjonale standarders relevans skyldtes advokatenes fremleggelse i saken. Det primære initiativet for innlemmelse av internasjonale standarder i enkeltsakene kommer derfor ikke innenfra, men fremsettes som oftest fra eksterne aktører. Dette til tross for at saksbehandlere i både UNE og UDI for tiden søker å forbedre sine henvisninger til slike normer. I enkelte tilfeller omtaler advokater menneskerettighetsregler uten å direkte motta kommentarer fra myndighetene:

⁵⁹ Se *Horvath v. United Kingdom, Secretary of State for the Home Department*, 2000 N.R. LEXIS 284, avsn. 6 (July 6 2000).

⁶⁰ For eksempel kan vi se på perspektivet presentert i "Notat om Flyktingkonvensjonens definisjon av en flyktning - vurdering av norsk praksis i relasjon til endringer i dette forslag" (1998) avslører en holdning som strider mot teoriens relevans for praksis:

"Det er imidlertid heller ikke her vårt inntrykk at de vanskelige og prinsipielle grensetilfellene oppstår spesielt ofte i praksis. Det er svært ofte faktavurderingen som står sentral i disse sakene."

- UNE Sak B handlet om en russisk kvinne med tsjetsjensk bakgrunn som anførte at hennes mann ble drept på grunn av sin støtte til opprørere. Søkeren selv fryktet forfølgelse på grunn av sin utdeling av medisiner til soldatene. Hennes advokat henviste til EMK art. 14, UDHR art. 1, og 1951-konvensjonen (art. 1, 3, 4, og 33) uten å få direkte respons på dette fra utlendingsmyndighetene. (Man kan anføre at CEDAW også er relevant). Hun fremla også brev fra Den norske kirke for å bevise sin kontakt med samfunnet. UNE fant imidlertid at hun manglet troverdighet på grunn av motstridende forklaring. UNE ga henne tillatelse på sterke menneskelige hensyn istedenfor asyl:

“Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeids- eller oppholdstillatelse gis etter lovens § 8 (2). Bestemmelsen er ikke ment å omfatte forhold som vil gjøre seg gjeldende hos de fleste søkere. Det må skje en avveining mellom omstendigheter som taler hhv. for og mot at det innvilges en tillatelse. Aktuelle tema vil være om retur til hjemlandet er utilrådelig for klageren og om avgjørelsen vil berøre innvandringspolitiske hensyn. Etter en helhetsvurdering av de foreliggende helsemessige opplysninger, hensynet til datterens skolegang samt krig og den vanskelige humanitære og sikkerhetsmessige situasjonen i Tsjesjenia finner nemnda at det foreligger sterke menneskelige hensyn.”

Saksbehandlerne utførte imidlertid ikke alltid individuelle henvisninger til de relevante internasjonale instrumenter, selv i saker hvor vurderingen viste en generell forståelse for menneskerettighetsspørsmål. Det ble gitt humanitær beskyttelse fremfor asyl:

- Sak GX gjaldt en kvinne fra Iran og hennes barn. Hun anførte tvangsekteskap og krenkelse av personlig sikkerhet som grunner til beskyttelse. Humanitær beskyttelse er gitt uten henvisning til CEDAW eller CRC. Hadde disse instrumenter blitt tatt i betraktning er det mulig at vilkårene for asyl kunne ha vært oppfylt.

I noen tilfeller blir saksbehandlerens vedtak om innvilgelse av asyl omgjort av annenhåndsbehandleren som foretrakk en lavere grad av beskyttelse, dvs. humanitær beskyttelse:

- Sak X handlet om en pakistansk kvinne som ble misbrukt og voldtatt av både svigerfaren og politiet. Svigermoren prøvde senere å drepe henne og brakk hennes ben. Denne saken avdekket en pinlig og bekymringsfull situasjon hvor saksbehandleren forsto de juridis-

ke prinsipper om flyktningerett bedre enn annenhåndsbehandleren. Mens saksbehandleren identifiserte spørsmålet om manglende adgang til rettspleien (særlig fordi politiet selv var lovovertrederne) instruerer annenhåndsbehandleren henne feilaktig til å finne at saken falt utenfor omfanget av 1951-konvensjonen. Ingen av dem drøfter relevansen av kategorien sosial gruppe. Saksbehandleren uttaler at denne var blant de verste sakene hun hadde sett. Hun velger likevel å innvilge humanitær beskyttelse istedenfor asyl og bruker et standard svar:

“UDI har vurdert søkerens anførsler og har kommet til at de ikke er av en slik art eller av et slikt omfang at de kan gi grunnlag for asyl. Det søkeren har blitt utsatt for er kriminelle forhold som kommer inn under den vanlige straffelovgivningen i hjemlandet. Dette er ikke forhold som dekkes av flyktningkonvensjonen.”

På denne bakgrunn har enkelte saksbehandlere uttalt at de velger å innstille til humanitær beskyttelse istedenfor asyl fordi de vet at sannsynligheten er større for at det blir akseptert. Sett i forhold til effektivitetspresset uttaler saksbehandlere at det kan ta fem dager å overbevise en annenhåndsbehandler om innvilgelse av asyl, i en sak som tradisjonelt ikke anerkjennes å falle inn under beskyttelseskategorien eller forfølgelsesstandarden, mens det derimot ville ta mindre tid til å få godkjent humanitær beskyttelse. Saksbehandleren vil av effektivitetshensyn derfor innvilge humanitær beskyttelse. Utviklingen i tolkningen av asylbegrepet og de relevante beskyttelsesprinsippene kan motarbeides av effektivitetshensyn og uoverensstemmelser i beskyttelsessynet.

På den annen side var det også saker hvor annenhåndsbehandleren korrigerer saksbehandlerens misforståelse av flyktningelovgivningen og hvor saken fikk asyl istedenfor humanitær beskyttelse.

- Sak FW handlet om en kvinne fra Etiopia som opplevde vilkårlig intervensjon i hjemmet og ble utsatt for seksuelt misbruk gjentatte ganger mellom 1994-2001 på grunn av hennes fars forbindelse til Oromo frigjøringsfront (OLF). Saksbehandleren la feilaktig vekt på at søkeren selv ikke hadde vært politisk aktiv: *“Søkeren har ikke selv vært medlem av OLF og hun har aldri utøvet noen form for aktiviteter for organisasjonen.”* Annenhånd korrigerer saksbehandleren ved å forklare prinsippet om tillagt politisk mening og anmodet om innvilgelse av asyl.

Det bør bemerkes at nyere saker fra 2003 (særlig fra Afrika-avdelingen i UDI) avdekker forbedrede henvisninger til menneskerettigheter, mens andre fikk forringet kvalitet på grunn av produktivitetspress:

- Sak FX handlet om en mann fra Etiopia som ble omskolert og utsatt for vilkårlig anholdelse, tortur, vilkårlig intervensjon i hjemmet og krenkelser av personlig sikkerhet på grunn av sine aktiviteter med Oromo frigjøringsfront. UDI henviste direkte til CAT og ICCPR for å vise brudd på garantien mot tortur og innvilger asyl, delvis fordi søkeren ble ansett for å ha en høy grad av troverdighet.

Det er viktig å anerkjenne menneskerettighetenes udelelighet, slik som bemerket i FN's erklæring om utvikling (1988), og derfor foreta en vurdering av koblingen til og innvirkningen på hverandre. For eksempel avsa den amerikanske menneskerettighetsdomstolen en avgjørelse om gatebarn som ble bortført, torturert og henrettet av politiet.⁶¹ Retten avgjorde at staten Guatemala hadde påført barna doble krenkelser ved at den ikke forhindret at barna bodde i elendighet og på den måten berøvet dem muligheten for et verdig liv og forhindret dem fra en fullverdigg og harmonisk utvikling, i tillegg til å krenke deres fysiske, psykiske og moralske integritet og deres liv.

Det mest bekymringsfulle er at terskelen for å innvilge asyl i praksis ser ut til å være for høy. Dette er ofte sammenfallende med non-refoulement-standarden i menneskerettsinstrumenter – asyl innvilges for de mest alvorlige krenkelser, slik som tortur eller rett til liv, men sjelden for kumulative brudd på andre menneskerettigheter i non-jus cogens-kategorien. Sosio-økonomiske rettigheter, slik som rett til å arbeide blir kategorisk avvist i analysen av saker. Selv når en person berøves sin rett til å ha jobb på grunn av sin politiske tilhørighet eller kjønn, hvor den sosio-økonomiske rettighet kobles til sivile og politiske hensyn, påviste ikke UDI-sakene at disse forholdene ble ansett som relevante for en asylsøknad. Som bemerket av Jean-Yves Carlier vil vurderingen av et menneskerettsbrudds forholdsmessighet "på den ene side være en funksjon av behandlingens kvantitative og kvalitative grovhet og på den annen side hvilken grunnleggende menneskerettighet som er krenket ved behandlingen. Jo mer grunnleggende vedkommende rettighet er (liv, fysisk integritet, frihet), des-

⁶¹ Villagran Morales et. al. Case "The Street Children", I/A Court H.R. Series C No. 63 paras. 189-190 (19 November 1999).

to mindre kvantitativt og kvalitativt alvorlig behøver behandlingen å være.”⁶²

Selv om alvorlig diskriminering av rettigheter slik som arbeid, utdanning og helse kan utgjøre forfølgelse, avdekket ikke saksgjennomgangen tilslutning til dette synspunktet. Utfallet av slike saker blir ofte innvilgelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn eller en direkte avvisning. Det synes videre å forekomme vaghet om når kumulative handlinger utgjør forfølgelse, særlig når dette er koblet til en komparativ tilnærming – noe som begrenser anerkjennelse av asyl.

- Som eksempel sak GG. Denne gjaldt en kvinne fra Kroatia som ble utsatt for krenkelser av retten til arbeid, eiendom og valg av bopel på grunn av diskriminering av rase og politisk mening. Hun ble likevel innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl fordi krenkelsene “ikke var alvorlige nok.” Denne avgjørelsen kan være passende, men det ville vært bedre å ha hatt en fullstendig drøftelse om det innbyrdes forholdet av disse rettigheter mot andre rettigheter som beskrevet ovenfor.
- Motsetningsvis, se sak GT som handlet om en kvinne fra Eritrea som ble utsatt for vilkårlig anholdelse samt krenkelse av sin rett til nasjonalitet, arbeid og overbevisning/tro på grunn av sin religion. Selv om saksbehandleren opprinnelig vurderte forholdet som trakassering, men som ikke kunne anses som forfølgelse, korrigerte annenhåndsbehandleren vurderingen ved å gjennomføre en kumulativ analyse og anmodet om asyl.
- UNE-sak DM handlet om en søker av roma etnisitet fra Kroatia som ble avvist. Han mistet jobben på grunn av etnisk diskriminering. UDI bemerket at “*det forhold at klageren vil stå uten arbeid og bolig ved retur uansett ikke gir grunnlag for asyl.*” Både UDI og UNE anerkjente at det er problematisk for minoriteter i Kroatia. De brukte en sammenlignende tilnærming som begrenser anerkjennelse av asyl og vurderte at han ikke var i en “*spesielt utsatt posisjon i forhold til øvrige minoritetsgrupper i Kroatia*”. Saken ble derfor avvist.

⁶² Jean Yves Carlier, “The Geneva Refugee Definition and the ‘Theory of the Three Scales’” in Francis Nichol森 & Patrick Twomey (Eds.) *Refugee Rights and Responsibilities: Evolving International Concepts and Regimes* 37, 45 (Cambridge 1999).

- UNE-sak CJ gjaldt en etnisk albaner fra Kosovo som var en velkjent kunstner og medlem av Det demokratiske forbundet i Kosovo. Han ble utsatt for trusler fra politiet som senere ransaket huset hans. UDI avviste saken med bemerkninger om at han ikke sto overfor noen spesiell trussel ved en tenkt retur. Klagen avdekket at han var homofil. UNE innvilget asyl og anså ham som del av en sosial gruppe som sto overfor trusler fra ikke-statlige aktører. Det var en delt avgjørelse. Mindretallet var uenig på bakgrunn av troverdighetstvil og ønsket å nedjustere grunnlaget til humanitær beskyttelse. Merknadene anså forfølgelse som å inneholde *“reaksjoner som kan true liv og frihet, det vil si brudd på fundamentale menneskerettigheter vil være omfattet, mens trakassering, diskriminering og forskjellsbehandling i utgangspunktet faller utenfor begrepet.”* Problemet med denne vurderingen er at den ikke forklarer hvilke unntak som hever diskriminerende handlinger opp til et forfølgelsesnivå. Merknadene gjør videre følgende skille:

”Drap, tortur, dødsstraff, mishandling, voldtekt, langvarig fengselsstraff, omfattende diskriminering og andre alvorlige brudd på menneskerettighetene er forfølgelse i konvensjonens forstand. Begrenset trakassering og diskriminering, kortvarige fengselsstraffer, arrestasjoner og husundersøkelser er ikke forfølgelse i konvensjonens forstand.”

Dette er i samsvar med Fisknes, som forklarer forfølgelse som alvorlige menneskerettighetsbrudd:

“Dødsstraff, tortur, lange fengselsstraffer og total utestengning fra arbeidsmarked og utdanningsinstitusjoner er eksempler på alvorlige overgrep. Voldtekt og annen seksualisert mishandling er eksempler på alvorlige overgrep. Voldtekt og annen seksuell mishandling er eksempler på alvorlige overgrep som spesielt kvinner kan bli utsatt for som ledd i en forfølgelse. Fare for husundersøkelser og kortvarige fengselstraffer er vanligvis ikke tilstrekkelig. Overgrepene må ha et visst omfang (nå en viss terskel) for å falle inn under begrepet forfølgelse.”⁶³

- I sak CK, ble en roma kvinne fra Serbia som hadde blitt voldtatt, slått, og overfalt i sitt hjem ansett for å være offer for trakassering. Selv om UDI henviste til en rapport fra UK Home Office som bekreftet mangel på beskyttelse fra lokale myndigheter for roma, viste

⁶³ Fisknes, Eli, Utlendingsloven Kommentirutgave 181 (Universitetsforlaget 1994).

vedtaket en utilstrekkelig vurdering i begrunnelsen for å ikke gi beskyttelse:

“Direktoratet har merket seg søkerens anførsler om trakassering, men mener at de forhold søkeren påberoper seg ikke har hatt et slikt omfang eller vært av en slik karakter at disse kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Utlendingsdirektoratet er kjent med at nasjonale minoritetsgrupper kan bli trakassert i Serbia, men ut fra den kunnskap direktoratet har om forholdene i Serbia, vil ikke etniske roma på generelt grunnlag har behov for beskyttelse. I denne saken fremkommer det ikke opplysninger som gir direktoratet grunn til å tro at søkeren har vært i en spesielt utsatt posisjon i hjemlandet. Direktoratet har merket seg at søkeren har blitt oppsøkt og angrepet av personer i sitt hjem. Søkeren henvises til å søke beskyttelse og bistand gjennom politi og rettsvesen i hjemlandet dersom han blir utsatt for trusler eller kriminelle forhold. Konvensjonen legger opp til en fremtidsrettet vurdering av om søkeren ved retur til hjemlandet vil bli utsatt for slike reaksjoner fra myndighetenes eller andres side. Ut fra opplysningene i saken er det ikke grunn til å tro at det foreligger omstendigheter som tilsier at søkeren ved retur til hjemlandet står i fare for å bli utsatt for reaksjoner fra myndighetene, enkeltpersoner eller grupper som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Det fremkommer heller ikke opplysninger som skulle tilsa at søkeren i fremtiden vil være i en spesielt utsatt situasjon sammenlignet med andre etniske roma i området.”

Det er interessant å merke at en av UDIs konsepter inneholder en ordlyd som anerkjenner at arrest og anholdelse innbefatter karakteristiske trekk av forfølgelse:

“Det vises videre til at søkeren aldri har vært arrestert, fengslet eller på annen måte vært utsatt for overgrep som kan karakteriseres som forfølgelse.”

Motsetningsvis avdekker flere saker fra Hviterussland at arrest og anholdelse ikke anerkjennes som et ledd i en forfølgelsesvurdering hvis det bare var kortvarig, uansett om den var vilkårlig. (se neste avsnitt)

Anbefaling:

- *Den feilaktige henvisningen til en “margin of appreciation” med hensyn til 1951-konvensjonen fremmer snarere en innskrenkende tolkning av flyktningsdefinisjon fremfor en bred tolkning i samsvar*

med humanitære mål. Kommentaren til loven bør avgrense standardene for tolkningen av konvensjonen i samsvar med standardene i VCLT.

5.3.2 Konvensjonens anvendelse på barns rettigheter i forfølgelsesvurderingen

Gjennomgangen av sakene avdekket at saksbehandlerne ikke alltid henviste til standarden “barnets beste” eller at det bare ble foretatt en overfladisk henvisning til Barnekonvensjonen uten å gi en utfyllende forklaring på hvordan avgjørelsen ble til.⁶⁴ Følgende saker viser at anerkjennelse av asyl vanskeligjøres når Barnekonvensjonens standarder ikke er tatt i betraktning:

- Sak C handlet om en foreldreløs mindreårig som endte på gatene for å unngå å bli solgt til den tsjetsjenske hæren. Vedkommende ble voldtatt og fengslet på grunn av at han ikke hadde identifikasjonspapirer.
- Sak D gjaldt en annen foreldreløs mindreårig som ble kidnappet, seksuelt misbrukt og brukt som slave av tsjetsjenere. I begge sakene var det ingen henvisning til CRC eller andre internasjonale prinsipper mot slik handel. Hadde disse blitt tatt i betraktning kunne det muligens ha blitt innvilget asyl. Barna fikk ikke asyl, men ble innvilget tillatelser på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn fordi de var enslige mindreårige. Bestemmelsene i CRC vedrørende barns rett til overlevelse og utvikling, frihet fra grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, rett til beskyttelse og omsorg, og beskyttelse fra handel og utnyttelse krever en progressiv vurdering av saker som avdekker innbyrdes forhold mellom sosio-økonomiske krenkelses og sivile og politiske krenkelses.
- Sak E handler om en etnisk serber fra Kroatia hvis mann ble slått og barn trakassert. Folk kastet stein på huset deres og kom med trusler over telefonen. Selv om søkeren anførte at hennes datter led av angst etter disse hendelsene, uttalte UDI uten begrunnelse at avslag ikke

⁶⁴ I den senere tid har UDI imidlertid ansatt en ekspert i barnerettigheter og UNE har omgjort flere avgjørelser som gjelder barn. Dette sender et signal til UDI om beskyttelse for denne utsatte kategorien.

var i strid med CRC. UNE opprettholdt avslaget uten å drøfte returvilkårene eller CRC.

- En lignende sak, sak F, handlet om en etnisk serber fra Kroatia hvor faren var leder av et politisk parti. Han ble trakassert på forskjellige måter. Folk malte slagord på huset hans og en mann kjørte sin traktor inn foran huset, noe som gjorde barnet hans forskrekket. Søkeren uttalte at barnet hadde blitt psykisk påvirket av episoden. Søknaden ble avslått uten drøftelse av CRC.
- UNE Sak G handlet om kurdiske jenter som ble utsatt for seksualisert vold av tyrkiske soldater, uten direkte henvisning til CRC. Det ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.
- Sak H handlet om en kvinne fra Somalia som ble beskyttet mens broren ble drept i forbindelse med en etnisk konflikt. Utlendingsmyndighetene uttalte at aksjonen var "*tilfeldig*" og tok ikke hensyn til "barnets beste" overfor hennes tre barn. Søkerne ble innvilget tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn istedenfor asyl.
- Se også sak I som også gjaldt en kvinne fra Eritrea som ble tvangsrekruttert til hæren og som deretter deserterte. Hun anførte frykt for fengsling og anførte også manglende støtte fra familien fordi hennes tre barn var født utenfor ekteskap. UDI uttalte at fengselsforholdene kunne beskrives som "*spartanske, men ikke livstruende*" og avviste at trussel om fengsling som forfølgelsesgrunn ikke kvalifiserte til beskyttelse. Den manglende støtten fra familien ble ansett som irrelevant for asylavgjørelsen, noe som derved indikerer en analyse som står i motsetning til sammenhengstilnærmingen, som er nødvendig for å sikre en kjønnsorientert beskyttelsesvurdering. Selv om sønnen var i Norge og advokaten anførte at adskillelsen mellom de to ville utgjøre umenneskelig behandling, ble det ikke foretatt noen drøftelse av saksbehandlerne om standardene i CRC og CEDAW. Avslaget fra UNE uttrykker et syn om at søkeren mest sannsynlig ville bli tvunget til å tjenestegjøre i militæret fremfor å bli fengslet. Vedtaket eksemplifiserte videre det politiske mål om å forhindre at foreldre sender sine barn til utlandet for å oppnå asyl. Disse konklusjoner ble trukket både uten at "barnets beste" etter Barnekonvensjonen ble tatt i betraktning, og en undersøkelse av hva hennes militære tjenestegjøring ville bety for barna, særlig i forhold til den manglende støtten fra familien.
- Sak J handlet om en bosnisk kvinne fra Jugoslavia hvis mann ble truet med henrettelse og hun selv ble truet med voldtekt og bortfø-

ring av barna. UDI-vedtaket klassifiserer truslene og trakasseringen som kriminelle handlinger som skal avhjelpes på nasjonalt nivå innen rettsvesenet. Det blir imidlertid ikke foretatt noen vurdering av søkers reelle adgang til slike rettsmidler. Det ble videre notert at søkerens manglende politiske aktivitet fjerner henne fra omfanget av forfølgelsesvurderingen (det ble ikke foretatt noen vurdering av rase, religion eller nasjonalitetskategorier). Når saksbehandleren endelig henviste til CRC ble dette gjort på en negativ måte. Vedtaket kom med bemerkninger om at det ikke forelå noen sterke menneskelige hensyn ved barnas situasjon, og saken ble derfor avvist.

Saksbehandlere bør instrueres til å fullføre slike vurderinger i alle saker som gjelder barn, både om de er ledsaget av foreldrene eller ikke. (Men se sak K som gjaldt en kvinne fra Irak hvor mannen ble fengslet og torturert og hennes syv-årige sønn fikk hendene brent som straff for å rette kritikk mot Hussein. Barnet hadde en PKU matsykdom og var mentalt tilbakestående. Advokaten nevnte særlig “barnets beste”-standarden og supplerte den med medisinsk dokumentasjon som bekreftet fare for deportasjon til Spania på grunn av manglende helseomsorg for personer med slike sykdommer. Søkeren ble innvilget asyl).

Det foreligger imidlertid enkelte saker der ny praksis kan gi barn i visse kategorier beskyttelse, skjønt sjelden asyl, de fleste sakene ga humanitær beskyttelse:

- Sak L gjaldt en colombiansk mann som anførte at hans datter ble skadet i en eksplosjon i hagen. Til tross for tvil om realitetene ble han innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn, som var i samsvar med retningslinjer for barnefamilier fra Colombia. Vedtaket er et eksempel på praksisens positive effekt ved at den gir beskyttelse til utsatte grupper som tidligere ble nektet full behandling av sine behov. Den avdekker dog også den negative virkning at saksbehandlere mistolker retningslinjer for å forhindre en individuell analyse av søknaden og derved overser sin troverdighetstvil.
- Sak M handlet om en Colombiansk kvinne som mottok telefoniske trusler etter at hennes svigerfar ble drept. Hun fryktet at sønnen ville bli tvangsrekruttert fordi sønnen til naboen nylig ble kidnappet. Bakgrunnssammenhengen av generalisert vold og usikkerhet så faktisk ut til å ha en negativ effekt på saksbehandlingen, som bemerket av UDI:

“Direktoratet mener at søkeren i hjemlandet ikke har vært utsatt for reaksjoner fra myndighetenes side som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Søkeren har heller ikke vært politisk aktiv. Søkerens øvrige problemer i hjemlandet er heller ikke av en slik art at de gir grunnlag for asyl.”

Saksbehandleren unnlot å ta CRC i betraktning og vurderte ikke ”barnets beste”, særlig i forhold til trusselen om tvangsrekruttering. Søkeren ble derfor innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, også på grunn av retningslinjer for columbianske barnefamilier.

Disse eksemplene står i motsetning til UDI’s anvendelse av avslagorienterte standardsvar i saker om bosniske barnefamilier, som uten videre drøftelse sier at avslag og retur er i samsvar med CRC:

“Direktoratet har i denne sammenheng merket seg at søkeren kom til Norge med barn. *Søkerens frykt for barnets fremtid i Bosnia-Hercegovina. Ut fra sakens opplysninger, sett i sammenheng med direktoratets kunnskap om forholdene i området, er det ikke forhold som tilsier at barnas oppvekstvilkår i hjemlandet vil være uforsvarlige. Etter en konkret helhetsvurdering mener Utlendingsdirektoratet at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som danner grunnlag for oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen. Det foreligger heller ikke særlig tilknytning til riket som danner grunnlag for oppholdstillatelse. Direktoratet legger til grunn at vedtaket ikke er i strid med bestemmelsene i CRC.”*

Fordi den kan anvendes formalistisk vil nevnte standardsvar øke risikoen for å krenke barnets rett til å søke asyl, rettssikkerhet og rett til full behandling av hans eller hennes “beste interesser”.

Anbefaling:

- *For å fremheve viktigheten av å erkjenne hvordan barn opplever forfølgelse bør det utarbeides retningslinjer med hensyn til henvisningen til CRC. Barn opplever forskjellige typer krenkelser (slik som tvangsrekruttering) og de blir utpekt på grunn av tilagt politisk mening (basert på familiens) eller politisk mening når de er aktivister (krever arbeidsbeskyttelse, adgang til utdanning, mat, osv.), sosial gruppe/religion (skamfering av kvinnelige genitalia), nasjonalitet eller rase (etnisk rensingsstrategier). Anvendelsen av 1951-konvensjonen krever tolkning via CRC.*

- *En særskilt undersøkelse bør utføres i vedtak som returnerer barnefamilier. På grunn av foreliggende standardsvar som er avslagsorientert med hensyn til Bosnia, forblir jeg bekymret og mener at det fortjener videre undersøkelse. Det kan imidlertid også være et behov for undersøkelse om andre land.*

5.4 Tidligere forfølgelse

Det er et behov for å foreta en dynamisk analyse av virkningen av menneskerettighetsbrudd fra øyeblikket de finner sted og inn i fremtiden. En voldtekts- eller torturhandling får øyeblikkelig virkning, men kan også ha innvirkning på langstidsoppfyllelse av personlige og profesjonelle forhåpninger, slik som ekteskap, å få barn, nytelse av fysisk og psykisk helse, oppfølging av karriere osv. Den nåværende vurderingen tar ikke for seg eksisterende virkninger av brudd, som utvider virkningene av forfølgelse ut over det fortidige. En sak fra den inter-amerikanske menneskerettighetsdomstolen gjaldt en universitetsprofessor som ble fenglet, torturert og voldtatt av anti-terrorist politi. Hun forble isolert etter å ha blitt løslatt, led økonomisk overlast og led fysisk og psykisk skade. Domstolen ga en form for sammenhengende beskyttelse- hvor virkningene av tidligere menneskerettighetsbrudd går inn i fremtiden, og at man derfor ikke kan si at handlingene er over etter at den øyeblikkelige handling er avsluttet.⁶⁵ Denne saken er direkte relevant for mange asylsøkeres situasjon, og vurderingen av omfanget av virkningene bør derfor gjenspeile realiteten i deres erfaringer.

Tidligere forfølgelse anses å være et godt bevis på anførsler om fremtidig risiko for forfølgelse dersom forholdene i landet ikke har endret seg. En tilnæringsmåte som imidlertid hemmet innvilgelse av asyl, i utvalgte UDI-saker med anførsler om fremtidig forfølgelse, var saksbehandlernes subsidiære fokus på tidligere forfølgelse i forhold til å vektlegge fremtidig forfølgelse i situasjoner som handler om tidligere forfølgelse. Når det ble fremlagt sterke beviser for tidligere forfølgelse, uttalte enkelte saksbehandlere at det var trusselen om fremtidig forfølgelse som krevdes, og når beviset pekte mot en fremtidig trussel uttalte saksbehandlerne at den tidligere forfølgelsen var utilstrekkelig. Denne tilnærmingen oppmuntrer til avvisning av saker, og minsker derved sannsynligheten for å oppnå asyl. Når

⁶⁵ OAYZA Tamayo, Reparations, I/A Court H.R. Series C No. 42 (1998)

beskyttelse blir innvilget, er det oftere humanitær beskyttelse.

- I sak CN anførte søkeren å ha vært arrestert og utsatt for tortur på grunn av sitt arbeid for Det nasjonale etterretningsbyrå i Kongo. UDI uttalte:

“Direktoratet mener søker ikke har vært utsatt for en systematisk og individuelt rettet forfølgelse i loven og konvensjonens forstand. Det vises til at søker ble tatt til fange på det tidspunkt da opptøyene startet i østlige Kongo og at overgrepet således fremtrer som en vilkårlig handling fra opprørsgruppens side. Selv om søker har vært med i ARN, kan han ikke sies å ha hatt en såpass fremtredende stilling at han skulle være spesielt utsatt for overgrep ved en retur til hjemstedet i dag. Søkers anførsel om tortur mens han ble holdt som fange av RCD (Congolese rally for Democracy), tilsier heller ikke noen nevneverdig risiko for fremtidige overgrep for søker ved en retur.”

Det ble innvilget humanitær beskyttelse på bakgrunn av den humanitære situasjonen i den delen av landet, og videre fordi internfluktalternativet ikke var en mulighet. Man kan anføre at tidligere tortur kan anses for å være et sterkt bevis på risiko for fremtidig forfølgelse, alternativt kan det trekke frem unntaket til opphørsklausul.

- I sak CT var søkerens far og bror medlemmer av kommunistpartiet i Sudan, begge ble fengslet. Søkeren var imidlertid ikke medlem, men partisympatisør. I 2000 ble han anholdt og torturert av medlemmer av sikkerhetsavdelingen. UDI uttalte at farens aktiviteter ikke ga søkeren grunn til å frykte forfølgelse ved retur til Sudan, og han kvalifiserte derfor ikke til asyl. Det ble videre fremholdt at søkeren selv ikke hadde vært politisk aktiv og at han ikke hadde blitt utsatt for overgrep som kunne anses som forfølgelse. UNE var enig i UDIs vurdering av manglende partimedlemskap og aktivitet.

“Klageren har selv ikke vært medlem av noen politisk organisasjon og har ikke utøvet noen form for politisk aktivitet. Han har imidlertid sympatisert med partiet.”

UNE uttalte at den vilkårlige anholdelsen og avhøret, selv om de hadde tilknytning til farens og brorens aktiviteter, ikke var en personlig forfølgelse dirigert mot ham. Avgjørelsen avdekket derfor en manglende forståelse for ideen av tillagt politisk mening (og sosial gruppe). UNE bestemte videre at det ikke var grunnlag for humanitær beskyttelse. Den mest påfallende delen av denne avgjørelsen er den avvisende holdningen om at tidligere tortur ikke var noen indikasjon på en mulig fremtidig risiko.

ligere tortur ikke var noen indikasjon på en mulig fremtidig risiko.

- I sak CU avslo nemndas flertall i UNE på samme måte søkeren fra Sri Lanka, til tross for tidligere tortur: “Hvis han er blitt utsatt for vold av en slik art eller en slikt omfang at det kan karakteriseres som tortur, beror dette på enkeltstående overtramp, og kan ikke anses som et ledd i en forfølgelse.” Nemndas mindretall argumenterte for humanitær beskyttelse fordi hans søster var Black Tiger og at han selv var medlem av gruppen. I en annen sak fryktet søkeren forfølgelse på grunn av farens politiske aktivitet og sine egne politiske sympatier. Det forelå ingen vurdering om familie eller politisk mening var tilstrekkelig. Utlendingsmyndighetene krevde direkte og personlig aktivitet for å legge til grunn en forfølgelsestrussel. Det var heller ingen drøftelse om tidligere tortur og anholdelse som mulige bevis på faren for fremtidig forfølgelse.
- Sak CV handlet om en tutsi fra Kongo som ble torturert i 1998 på grunn av sin etnisitet. Han fryktet også utpeking fordi hans bror arbeidet for UNHCR. UDI innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, til tross for at det eksisterte to beskyttelseskategorier (rase og sosial gruppe) og unnlot også å se på tidligere forfølgelse som grunnlag for asyl.
- I Sak FR, som også gjaldt en mann fra Kongo, ble det innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Søkerens familie ble i løpet av 1996 angrepet flere ganger på grunn av søkerens aktiviteter i Unionen for demokrati og sosial fremgang. Han trakk seg ut av partiet og begynte å arbeide for en menneskerettighetsorganisasjon. Politet trengte seg inn og plyndret huset. Kona ble kidnappet og datteren ble voldtatt. UDI behandler den antatte mangel på søkelys og bemerker:

“Søkerens anførte aktiviteter er ikke av en slik karakter at det kan begrunne asyl i konvensjonens og lovens forstand. Direktoratet viser også til at søkeren reiste ut av Kongo på sitt eget ekte pass, noe som indikerer at han ikke er i myndighetenes søkelys.”

Denne avgjørelsen er bekymringsfull i flere henseende. For det første fordi den ikke identifiserer mulig sosial gruppe på grunn av menneskerettighets-aktivitetene, og for det andre fordi den politiske meningen fortsatt kunne eksistere, selv om han hadde meldt seg ut av partiet. For det tredje de hendelser som utgjorde tidligere forfølgelse som kunne skape en formodning for fremtidig trussel på forfølgelse. Vedtaket står i tillegg i mot-

setning til den normale påvirkning av falske papirer.

- I Sak CW ble søkerens far og bror henrettet og søkeren ble arrestert fordi han eide en musikkbutikk i Afghanistan som Taliban beskyldte for å være koblet til satanisme. Saksbehandleren brukte ikke tidligere forfølgelse som bevis på fremtidig forfølgelsestrussel uansett krenkelsenes alvorlighetsgrad. Det var videre ingen drøftelse om koblingen til ytringsfrihet, rett til å ta arbeid, kultur, osv. og heller ingen drøftelse om sosial gruppe, noe som viste generelle svakheter om menneskerettigheter og flyktingeteori. Han ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.
- Sak FE omhandlet en etnisk bosnier fra Jugoslavia som anførte å ha arbeidet for sikkerhetspolitiet i Montenegro. På grunn av dette fryktet han å bli henrettet av serbisk etterretning. Han ble avslått etter en vurdering om at han ikke hadde opplevd tidligere forfølgelse og at det derfor ikke var noen grunn til beskyttelse i fremtiden.

Motsetningsvis blir tidligere forfølgelse i saker som gjelder mindreårige jenter mer sannsynlig ansett som bevis på risiko for fremtidig forfølgelse, noe som har positiv påvirkning for denne utsatte kategorien.

- For eksempel handlet sak CO om en mindreårig jente fra Etiopia av Oromo etnisitet som ble kidnappet og tvangsgiftet. Hennes mann voldtok og slo henne. Selv om hun gikk fra ham fikk hun ikke beskyttelse fra familien fordi de ville sende henne tilbake til mannen. UDI innvilget asyl uten å forklare grunnen for denne avgjørelsen. I de interne merknadene fremgikk det imidlertid at den manglende beskyttelsen fra familien og at hun ikke hadde alternative fluktmuligheter identifiserte en sosial gruppe: "Etiopiske piker som er i fare for brudekidnapping og som nekter å bøye seg for dette" og fremhever kidnapping, voldtekt, tvangsekteskap og juling som bevis på forfølgelse under 1951-konvensjonen og nasjonal lov (selv om Barnekonvensjonen eller CEDAW ikke er nevnt). Tvilen kom henne til gode, men annenhåndsbehandleren skrev at dersom hun hadde vært over 18 år ville konklusjonen blitt annerledes. Dette viser en skjevhet på grunn av alder. Dersom man sammenligner disse sakene med mannlige søkere, for eksempel de tsjetjenske foreldreløse som tidligere er drøftet, synes det å være en kjønnskjevhet. Alle bør få rettferdig behandling av tidligere forfølgelse, uavhengig av nasjonalitet eller kjønn.

Sakene fra Hviterussland viser spenningen mellom avgjørelser som

følger en prinsippavgjørelse, som anser at søknader fra dette landet for det meste er ugrunnede, i motsetning til saksbehandlere som strever for å opprettholde denne praksisen, til tross for brudd på menneskerettigheter og det lave nivået av demokrati i landet.

- For eksempel gjaldt sak CP en søker fra Hviterussland som ble arrestert og misbrukt på grunn av sin deltagelse i en demonstrasjon holdt av “demokratisk ungdom”. Selv om UDI mente at saken gjaldt sentrale prinsipper innen flyktingelovgivning og demokratisk teori, valgte de avslag på bakgrunn av manglende troverdighet. Vurderingen viste et vaklende perspektiv, den drøftet den relevante beskyttelseskategori, misbrukets alvorlige og systematiske karakter samt risikoen. Det ble imidlertid til slutt foretatt en avgjørelse basert på troverdighet på grunn av uoverensstemmelser i forklaringen, som tilsidesatte beskyttelsesanalysen. Vedtaket inneholder et standard-svar som avviser arresten og misbruket uten å gjenspeile saksbehandlerens egen analyse:

“Det forhold at nettopp søkeren skal ha blitt arrestert og utsatt for overgrep kan ikke anses som resultat av at myndighetene systematisk er ute etter å ramme søkeren i en slik grad at han risikerer forfølgelse ved retur til hjemlandet.”

- I sakene CQ og CR var et ektepar medlemmer av et opposisjonsparti og distribuerte flyveblader, deltok i demonstrasjoner og samlet signaturer. Han ble utsatt for arrestasjon og tortur samt anklager i forfølgelsesøyemed. Hun fikk trusler om at hennes barn ville bli kidnappet. UDI konkluderte med at det ikke var noen risiko for forfølgelse på grunn av at både aktivitetsnivået og deres profil var for lav. UNE gikk så langt som å bekrefte at myndighetene ikke tolererte opposisjonen og brukte udemokratiske midler, men anførte at han antakelig bare ville bli fengslet i to uker. Det var en utilstrekkelig drøftelse både av om de diskriminerende anklagene utgjorde forfølgelse og av vekten av tidligere tortur som bevis på trussel om fremtidig forfølgelse. Søknadene ble avslått. Det var videre ingen henvisning til internasjonale standarder om vilkårlig anholdelse.
- Se også sak CS, som omhandlet en søker fra Hviterussland der UDI innrømmet at *“hviterussisk politi ofte bruker harde og udemokratiske virkemidler i sin behandling”* men avviste søkeren som påstått juling fra myndigheter på grunn av hans deltagelse i opposisjonen.

Anbefaling:

- *Kommentaren til loven bør omfatte anerkjennelse av tidligere forfølgelse som bevis på risiko for fremtidig forfølgelse og derved kreve en lavere bevisbyrde i fravær av endrede forhold i opprinnelseslandet.*
- *Spesifikk kobling bør gjøres til unntaket fra opphørsklausulen 1 C 5 med hensyn til tvingende grunner som ville gi anledning til innvilgelse av asyl på samme måte som amerikanske regler. Dette til tross for endrede forhold i spesielle saker, som omhandler fryktelige, redselsfulle opplevelser, slik som tortur, grov voldtekt ved etnisk rensning.*

5.5 Forfølgelse fra ikke-statlige aktører

Statenes økende svakhet i lys av mektige og stigende ikke-statlige aktører har påvirket behandlingsmåten av forfølgelse. Nye menneskerettighetsinstrumenter søker i økende grad å tillegge ikke-statlige aktører ansvaret for menneskerettighetsbeskyttelse, slik som FN's erklæring om rett og ansvar for individer, grupper og samfunnsorganer for å fremme og beskytte universelt anerkjente menneskerettigheter og grunnleggende friheter, art. 10:

“Ingen skal delta, ved handling eller mangel på handling hvor nødvendig, i brudd på menneskerettigheter og grunnleggende friheter, og ingen skal være underkastet straff eller skadelig handling av noe slag for å ha nektet å gjøre det.”⁶⁶

Ved vurderingen av søknader som gjelder ikke-statlige organer, er

⁶⁶ Man kan se på utkastet Human Rights Principles and Responsibilities for Transnational Corporations and other Business Enterprises som kryss-henviser til et bredt spekter av internasjonale instrumenter og oppfordrer selskaper og deres agenter (også sikkerhetspersonell) til å avstå fra å krenke menneskerettigheter, og trekker særlig frem behovet for å avstå fra tvangsforflytning av personer eller kaste dem ut fra sine hjem (kommentar til prinsipp 12). (E/CN.4/Sub.2/2002/WG.2/WP.1/Add.2(3. juni 2002).

det to tilnærminger som kan brukes; Den første innebærer behandling av det ikke-statlige organs forfølgelse av et individ på grunn av tilknytning til en beskyttelseskategori, og statens unnlattelse av å forhindre eller avhjelpe dette (manglende vilje eller evne). Den andre gjelder situasjoner der staten ikke er villig til å yte personen beskyttelse på bakgrunn av diskriminering basert på beskyttelsesgrunner – for derved å nekte lik beskyttelse under loven. 1998-retninglinjene søkte å avhjelpe beskyttelsesgapet mellom saker som gjaldt forfølgelse fra ikke-statlige organer hvor staten ikke var villig til å beskytte ofrene, og de saker der staten ikke evnet å gi personen beskyttelse. Den første ga grunnlag for asyl og den andre ble avslått. Retningslinjene oppfordrer til lik beskyttelse i begge tilfeller, i samsvar med UNHCR's håndbok avsnitt 65:

“Hvor alvorlig diskriminerende eller andre støtende handlinger blir utført av den lokale befolkningen, kan de anses som forfølgelse dersom de blir bevisst tolerert av myndighetene eller dersom myndighetene nekter, eller det blir bevist at de ikke har evne til å yte effektiv beskyttelse.”

Ifølge UNHCR bør forfølgelse fra ikke-statlige aktører og forfølgelse som finner sted i konfliktområder danne grunnlag for anerkjennelse som flyktning. I disse saker er det et behov for å fullt ut drøfte uteblivelsen av statlig beskyttelse overfor ofre (unnlattelse av å forhindre forfølgelse eller skade, straffe lovovertredere, og tilby rettsmidler og de facto adgang til beskyttelse), (i tillegg til ikke-statlig beskyttelse i saker om lokale samfunn) og dets potensielle samtykke eller støtte til slik aktivitet.⁶⁷ Europarådets forslagsdirektiv art. 9 A (2) definerer beskyttelse som

⁶⁷ Den inter-amerikanske domstol har behandlet flere saker som handler om statens plikt til å forhindre brudd på menneskerettigheter; se Velasquez Rodriguez Case, Dom I/A Court H.R. series C, Nr. 4, para. 172 (29. juli 1988) som anerkjente den rettslige plikten som statene har til "å ta rimelige skritt for å forhindre brudd på menneskerettigheter og å bruke alle tilgjengelige midler for å utføre en seriøs undersøkelse av alle brudd utført i dens jurisdiksjon, til å identifisere de ansvarlige, til å ilegge straff, og til å sikre offeret tilstrekkelig erstatning. Dersom statsapparatet oppfører seg på en slik måte at brudd går ustraffet, og offerets fulle nytelse av slike rettigheter ikke er restituert så fort som mulig, har staten ikke oppfylt sin plikt til å sikre full og fri utøvelse av disse rettigheter for personene i dens jurisdiksjon." Se også Paniagua Morales et.al. Case, Dom I/A Court H.R. Series C Nr. 37 (8. mars 1998) hvor domstolen tiller ansvaret for anholdelse, forsvinning, nekting av rettslig beskyttelse og drap på ofre i Guatemala.

“rimelige skritt for å forhindre forfølgelse eller lidelse av alvorlig skade ved å ha et effektivt juridisk system for oppdagelse, rettsforfølgelse og straff av handlinger som utgjør forfølgelse eller alvorlig skade, og søkeren har adgang til slik beskyttelse”

I norsk praksis er det særlig bekymringsverdig at forfølgelse fra ikke-statlige aktører, særlig i områder med løpende konflikter, enkelte ganger blir beskrevet som “tilfeldige klanstridigheter” når det gjelder Etiopia eller “rene kriminelle handlinger” når det gjelder Russland og Colombia.

- Sak AL omhandlet en etiopisk mann som fikk sin familie drept på grunn av klanstridigheter. Klassifiseringen av hendelsene som klanstridigheter førte til innvilgelse av humanitær beskyttelse istedenfor asyl.
- Sak M som gjaldt en colombiansk kvinne som mottok telefoniske trusler og fryktet tvangsrekruttering av sin sønn. Sammenhengen ble ikke definert å involvere forfølgelse. Søkeren ble derfor innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

I Afrika er vold mellom klaner og diskriminering utbredt, og ofte koblet til drap, voldtekter, tortur, anholdelse og plyndring av eiendom. Klan kan ses på to måter; Enten som ikke-statlige organer som utfører forfølgelse av medlemmer av en annen klan (rase eller sosial gruppe) og som ikke er underkastet straff fra staten, eller som de facto myndigheter som ikke evner eller har vilje til å yte beskyttelse til forfølgelsesofre i de områdene som de kontrollerer. På samme måte utpeker paramilitære grupper, geriljaer, høyrefløygrupperinger, mafia og andre aktører i Europa, Sør-Amerika og Asia i økende grad individer og grupper i den hensikt å misbruke, utnytte og skremme, som kan utgjøre forfølgelse. Adgang til rettferdighet forhindres av tilstanden av absolutt straffløshet i mange av disse nasjonene. Som bemerket av den amerikanske ankedomstolen i Ninth Circuit, er antagelsen om at tilstedeværelsen av ikke-politiske motiver for forfølgelse, nødvendigvis betyr fravær av politiske motiver “både logisk sett en non sequitur og rettslig feil”.⁶⁸

- Sak DR hvor søkeren var fra Algerie. Han innrømmet å ha deltatt i det militære og anførte at han ble utpekt av terrorister. (Han var også

⁶⁸ Del Aguila v. INS, 2000 U.S. App. LEXIS 6174, com siterer Singh v. Ilchert, 63 F.3rd. 1501, 1509 (9th Cir. 1995).

en fotballtrener fra en rik, ikke-muslimsk bakgrunn.) Det var motsigelser i hans forklaring, men tvilen kom ham til gode. Istedenfor å bli innvilget asyl ble han innvilget humanitær beskyttelse på grunn av tidligere forfølgelse, mangel på identifikasjon av en beskyttelseskategori, og synspunktet om at opprinnelseslandet kunne yte tilfredsstillende beskyttelse:

“Utlendingsdirektoratet mener at de reaksjoner som søker har vært utsatt for ikke kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og flyktningekonvensjonens forstand. De hendelser som søkeren har vært utsatt for fremstår som rene kriminelle handlinger, og ikke som et ledd i en forfølgelse i lovens og flyktningekonvensjonens forstand. De hendelser som søkeren har vært utsatt for fremstår som rene kriminelle handlinger, og ikke som et ledd i en forfølgelse basert på en av grunnene nevnt i konvensjonen. Direktoratet anser at myndighetene i Algerie vil kunne gi søkeren tilstrekkelig beskyttelse mot terrorister.”

Nasjonal beskyttelse går i motsatt retning av menneskerettighetsrapporter som bevitner en vedvarende tilstand av straffløshet og statens forbindelser til terroraksjoner.⁶⁹ Man kan anføre at dette kan være en sak med blandede motiver.

- UNE-sak DV handlet om et tidligere medlem av Jugoslavisk etterretning i Kosovo (av albansk avstamning). Hans jobb gikk ut på å motta og levere hemmelig informasjon og avlytte telefonsamtaler. Han sa opp sin jobb i 1997, etter å ha blitt mistenkt for å ha gitt informasjon til albanere. Han ble avhørt av UCK som truet med å drepe ham. UDI avslo på grunn av at det ikke forelå noen forfølgelses-trussel fra staten og at han ikke hadde opplevd tilstrekkelig tidligere forfølgelse. Han ble heller ikke funnet troverdig. UNE innvilget asyl etter å ha besluttet at staten ikke evnet å beskytte ham mot forfølgelse fra ikke-statlige aktører:

“Flertallet er kommet til at klageren med rette frykter forfølgelse fra albanske ekstremister, f.eks. I form av tidligere UCK medlemmer. Denne forfølgelsen har sin årsak i at han, gjennom sitt tidligere arbeidsforhold av disse vil bli ansett å ha en politisk oppfatning, selv om klager tok dette arbeidet for å ha inntekter. Hensett til at det fortsatt meldes om drap på personer som blir assosiert med det tidligere regimet, legger flertallet til grunn at myndighetene har vilje til å gi

⁶⁹ Se Amnesty Internationals rapporter om Algerie 2002-2003.

beskyttelse, men at evnen til å gi beskyttelse ikke kan anses tilstrekkelig.”

Det er et behov for å koble hendelser til menneskerettigheter, for eksempel i saker som handler om utpressing eller ekspropriering av eiendom, for eksempel brudd på rett til eiendom, rett til arbeid og endog rett til en tilstrekkelig levestandard for å identifisere kriterier for en forfølgelsesvurdering. Som en sammenligning, se på en amerikansk sak som handlet om en etiopisk kvinne av Amharisk etnisitet som ble voldtatt av en høytstående embetsmann av tigreisk etnisitet som hun jobbet for. Shoafera fant blandede motiver for voldtekten: 1) at hun ble utpekt på grunn av sin etnisitet og 2) at overtrederen fant henne tiltrekkende.⁷⁰ Domstolen anerkjente tilstedeværelsen av en formodning for asyl basert på tidligere forfølgelse i form av voldtekt på grunn av etnisitet. Den bemerket særlig at tilstedeværelsen av blandede motiver ikke var tilstrekkelig til å forkaste asylkravet, så lenge det var bevis for at skaden i det minste delvis var motivert av en faktisk eller underliggende beskyttelsesgrunn. Domstolen henviste både til direkte bevis, dvs. hennes forklaring og indisiebevis dvs. dokumentbevis som bekreftet etnisk vold i landet. Henvisning til sammenhengsbakgrunn av historisk trakassering og vold tjener til å identifisere en systematisk diskriminering og kan kobles til individuelle fakta for å innvilge asyl.⁷¹

Anbefaling:

- *Kommentaren bør anerkjenne forfølgelse ved ikke-statlige aktører som grunnlag for beskyttelse, på grunn av statens manglende evne eller vilje til å beskytte asylsøkeren, forfølgelse fra kvasi-stat eller de facto myndigheter, eller forfølgelse fra ikke-statlige aktører hvor staten har brutt sammen⁷².*

⁷⁰ Nigist Shoafera v INS, 2000 U.S. App. LEXIS 31361 (9th Cir. 2000).

⁷¹ Sternberg, Mark, The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law, 23 24 (Martinus Nijhoff 2002).

⁷² Se Europeisk juridisk nettverk om asyl, forskning om ikke-statlige agenter av forfølgelse (oppdatert 2000 ECRE) for en oversikt over standarder, teori og rettspraksis.

- *Kommentaren til loven bør anerkjenne at tilstedeværelsen av blandede motiver ikke er tilstrekkelig til å avslå beskyttelse – en søker kan utpekes av både konvensjons- og ikke-konvensjonsgrunner, dvs. kriminelle interesser i å utføre utpressing kan også kobles til utpeking på grunn av politisk mening eller annen beskyttesgrunngruppe.*

5.5.1 Effektiv beskyttelse

Innvilgelse av asyl anses å være en surrogat-beskyttelse som innvilges i lys av opprinnelseslandets manglende evne eller vilje til å yte beskyttelse til en person som står overfor en trussel av menneskerettighetsbrudd som utgjør forfølgelse. Det er derfor et behov for å undersøke hva som menes med tilstrekkelig eller effektiv beskyttelse fra statens side. I hovedsak er det et behov for å undersøke nivået på legalitetsprinsippet og adgangen til rettssystemet i opprinnelseslandet.⁷³ Nivået av demokrati i et land kan måles ved statsborgernes nytelse av grunnleggende rettigheter og deres adgang til myndighetene. Det er behov for sistnevnte når disputer skal avgjøres eller for å sikre etterlevelse av normer som beskriver rettigheter og plikter for individer i samfunnet.⁷⁴ Høy grad av ulikhet er i stigende grad fulgt av

⁷³ For en drøftelse om dette spørsmålet innen det europeiske systemet, se Carol Harlow, "Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union" i Philip Alston (Ed.) *The EU and Human Rights* 187-213 (Oxford U. Press 1999).

⁷⁴ Spørsmålet om rettigheter til ikke-statsborgere som bor i et land er et interessant område å undersøke. Det foreligger flere tilnærminger blant stater om nytelsesnivået av rettigheter til ikke-statsborgere sammenlignet med statsborgere. Dette kan stå i en stats grunnlov eller i separat lovgivning. FNs Generalforsamling vedtok Erklæringen om menneskerettigheter til individer som ikke statsborgere av det landet de bor i (Res. 40/144, 13. desember 1985). Denne krever respekt for utlendingers rett til liv og personlig sikkerhet, beskyttelse mot vilkårlig anholdelse, rett til frihet, beskyttelse mot vilkårlig eller ulovlig innblanding i privat hjem eller korrespondanse, rett til likhet for loven, administrative organer, adgang til tolkning, rett til å velge ektefelle, gifte seg, stifte familie, rett til tanke-, menings-, og religionsfrihet, rett til språk, kultur og tradisjon, rett til å sende inntekt ut av landet, rett til å forlate landet, ytringsfrihet, rett til fredelige forsamlinger, rett til eiendom, familieenhet, bevegelsesfrihet og valg av bopel, beskyttelse mot tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, beskyttelse mot ulovlig utvisning, osv.

manglende sikkerhet som setter visse grupper frihet og velvære i fare. Makt-taktikker fra ikke-statlige aktører kan gjøre at staten fungerer dårlig frem til et punkt der straffløshet og parallelle former for “rettferdighet” tar over.

Det er for det første nødvendig å undersøke det rettslige og formelle rammeverk for så å sammenligne det med den faktiske implementering. En stat kan inkorporere grunnleggende menneskerettighetsprinsipper i grunnloven, men kan ignorere bestemmelsene når saker skal avgjøres, og politiet er for eksempel ikke oppmerksom på normenes relevans for deres aktiviteter osv.

Prinsippet om at en person skal ha rett til effektive rettsmidler ved brudd på menneskerettighetene fremsettes som en rettighet i ICCPR art. 2 (3). Rettsmidler kan gis av juridiske, administrative eller legislative myndigheter og andre myndigheter som fungerer som alternative tvisteløsningsmekanismer. Slik rett er ofte kombinert med ICCPR art. 14(1) som krever likhet for personer i domstolene og en rettferdig, offentlig høring av en kompetent, uavhengig og upartisk rettsinstans når man får sine rettigheter eller plikter avgjort i en rettsak. Avgjørelse av adgangen til effektiv beskyttelse krever undersøkelse av reaksjonsviljen hos politiinstitusjoner, ombudsmenn, regjeringadvokaten, domstolene, administrative organer og lovgivningsmakten.⁷⁵

Spørsmål om det foreligger diskriminering i reaksjonsvilje, manglende adgang på grunn av fravær av fri rettshjelp, urimelige honorarer, språkvanskeligheter (hvor offeret ikke får oversettelses- / tolketjenester). Videre, hvor det er mangel på maktfordeling, dvs. den dømmende makt blir overskygget av den utøvende makt (dommere kan oppnevnes og tjene den utøvende makts interesser), vil det være mangel på uavhengighet som setter art. 14 ut av kraft.⁷⁶

⁷⁵ Se FN Retningslinjer om aktorenes rolle i FN's grunnprinsipper om advokatenes rolle, begge vedtatt av Eighth UN Congress om kriminalitetsforebygging og behandling av overtredere, (27. august til 7. september 1990)

⁷⁶ Se *Ola Bahamonde v. Equitorial Guinea*, Komm No. 468/1991, avsn. 9.4 (synspunkter vedtatt på 20. oktober 1993, førtenende sesjon.) Se også FN's grunnprinsipper om den dømmende makts uavhengighet (vedtatt av Generalforsamling resolusjoner 40/32 av nov. 1985 og 40/146 av 13. desember 1985).

Tilleggsfaktorer inkluderer korrupsjonsnivå, lang behandlingstid og ineffektivitet i domstolene. Den fysiske plassering av domstolene og polititjenestemenn er også en relevant faktor. Om den dømmende makt og andre grener blir dominert av en etnisk minoritetsgruppe i motsetning til majoriteten av ofrenes etnisitet er også relevant for å avsløre diskriminerende anvendelse av loven eller begrenset adgang til domstolene. Til sist er undersøkelse av muligheten for gjenoppretting, erstatning og hjelp til ofre, identifisering, anholdelse, rettsforfølgelse eller domfelling av overtrederen å anbefale.⁷⁷

- Det ble gjort en utmerket analyse i UNE-sak CX hvor søkeren ble innvilget asyl. Han var blandet jøde og tsjetsjensk, og hans mor ble drept og han selv ble fysisk angrepet og tvunget til å gi opp jobben av høyreekstremistene i Det russiske nasjonalparti (RNE). Nemnda bemerket at hans historie bekreftet at *“russiske myndigheter ikke har vilje eller evne til å beskytte egne borgere mot overgrep fra slike grupper.”* Denne avgjørelsen sto i sterk kontrast til mange andre saker som handlet om lignende påstander om angrep og trusler utført av RNE, mafia, osv., som ble avvist enten for å utelukkende å være koblet til strafferett eller fordi staten ikke offisielt godkjente disse handlingene, og derfor indikerer en teoretisk mulighet for beskyttelse fra staten.
- UNE-sak GY handlet om en russisk kvinne som ble lagt inn på en institusjon fordi hun var lesbisk (en praksis som ble bekreftet av landrapport fra US State Department) og ble senere utsatt for voldtekt. UNE avslo med den bemerkning at *“Ut fra Utlendingsnemndas kjennskap til forholdene i klagerens hjemland, har nemnda ikke holdpunkter for å legge til grunn at russiske myndigheter generelt manglende vilje og evne til å beskytte borgere mot kriminelle overgrep.”* I merknadene ser det ut som om hun ikke anses som troverdig. Se også UNE-sak GZ som handlet om en jødisk mann som anførte å ha blitt trakassert, truet, og angrepet av RNE mens kona ble voldtatt av dem. UDI avviste med bemerkningen:

“UDI er kjent med at det kan forekomme trakassering og overgrep mot jøder i Russland, bl. a. fra nasjonalistiske organisasjoner som RNE- Den trakassering og de overgrep søker har vært

⁷⁷ Se FN Erklæring om grunnprinsipper om rettferdighet for ofre for kriminalitet og misbruk av makt (vedtatt av Generalforsamlingen, Res. 40/34 av 29. november 1985).

utsatt for er ikke av en slik art eller omfang at det kvalifiserer til forfølgelse. Søker har vært utsatt for kriminelle handlinger som faller inn under straffelovgivningen i Russland, som verken er støttet eller akseptert av russiske myndigheter. . . UDI finner ikke at de forhold at anmeldelsene etter søkers oppfatning ikke er blitt tilstrekkelig fulgt opp, er et forhold som kan danne grunnlag for flyktingestatuts. . . Under enhver omstendighet legger direktoratet til grunn at søkere kan bosette seg på et annet sted i hjemlandet.” (For derved å anbefale intern tvangsforflytning som en “løsning”.)

UNE opprettholdt denne analysen og bemerket:

“De handlinger klageren er blitt utsatt for rammes av den russiske straffelovgivningen. Til tross for at det russiske rettsapparatet har svakheter, må russiske myndigheter anses for å ha et rettsapparat som fungerer tilstrekkelig i forhold til å yte klageren bistand. Det vises i den forbindelse til at myndigheter som tradisjonelt vektlegger menneskerettigheter og demokratiske verdier ikke er i stand til å beskytte sine borgere mot kriminelle handlinger til enhver tid. Hvorvidt en enkeltsak blir straffeforfulgt av myndighetene beror blant annet på straffeprosessuelle skranker for straffefølgelse.”

Synspunktet om at det er en teoretisk mulighet for beskyttelse ut fra statens manglende godkjennelse av forfølgelse har vært karakterisert som “vilkårlig og pervers” av den kanadiske domstol, når det dreier seg om at en gruppe som utfører forfølgelse i staten går frem uhindret av tjenestemenn.⁷⁸

- Se også sak DB som handlet om en kroatisk mann som ble voldtatt av politiet enten på grunn av sin homofile legning eller sin etnisitet.

⁷⁸ Se Von Sternberg, Mark R., *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law*, 25 (Martinus Nijhoff 2002) som siterer *Kraitman v. S.S.C.*, 27 Imm. L.R. (2nd) 283 (F.C.T.D.) Canada, hvor domstolen omgjorde Immigrasjons- og flyktingenemndas avgjørelse og fant at nektelsen av søkerens rett til utdanning og ansettelse, og utsettelse for fysisk overgrep, og andre former for trusler uten å ha noen form for respons fra politiet ikke oppfylte konvensjonsstandarder på grunn av den ukrainske regjeringens offisielle politikk mot rasisme. Domstolen viste til den omfattende jødiske diskrimineringen i samfunnet og åpen forfølgelse av jøder ved Pamyat-organisasjonen for å finne grunner til velbegrunnet frykt for forfølgelse.

UDI av slo på bakgrunn av at voldtekten bar “*preg av en ekelstående og tilfeldig handling*” og rådet søkeren til å søke beskyttelse hos politiet eller Organisasjonen for sikkerhet og samarbeid i Europa, til tross for at overtrederen var et medlem av politiet. UNE opprettholdt avslaget, og gjentok UDI’s vurdering med den bemerkningen at:

“Selv om mannen som voldtok klageren var politimann, må handlingen betraktes som en kriminell handling uten årsakssammenheng til en konvensjonsgrunn. Klageren bør anmelde forholdet og søke beskyttelse hos hjemlandets myndigheter mot slike kriminelle handlinger.”

Saksbehandlerne bør ikke fornekte tilstedeværelsen av en beskyttelseskategori bare fordi det foreligger en siste nasjonal utvei, dersom den ikke er effektiv i praksis (i ovennevnte sak kan man spørre om politiet ville gi nødvendig bistand dersom en av deres egne utførte overgrepet).

- Kvinner er særlig utsatt for utpeking fordi de mister mennene sine, se sak CY. Saken handlet om en kvinne hvis mann ble kidnappet på grunn av sin støtte til opprørerne. Kvinnens hus ble ranet og hun følte seg utpekt på grunn av mannens tutsi etnisitet. Hun ble imidlertid kun gitt humanitær beskyttelse fordi handlingene ble ansett som “*tilfeldig kriminell virksomhet*” og ble ikke koblet til mannen eller sin egen status som kvinne uten støtte av en mann.⁷⁹ Hadde disse spørsmål blitt diskutert i detalj kunne hun ha fått asyl.
- I Sak CZ tilhørte den somalske søkeren en undertrykket klan og var i tillegg født utenfor ekteskap. Hun ble slått, behandlet som en slave og ble utsatt for forsøk på voldtekt. UDI utstedte en generaluttalelse som skilte seg fra realitetene: “ingen i Somalia risikerer å bli utsatt for forfølgelse på grunn av sosial eller etnisk tilhørighet.” Hun fikk innvilget humanitær beskyttelse i UNE (det så ut som om de fant søknaden for vag til å innvilge asyl, og anså det usannsynlig at slike hendelser ville finne sted i Nord-Somalia, og nedgraderte hennes status, delvis basert på troverdighet). Daley og Kelley anfører at saker som handler om vold i hjemmet omfatter brudd på retten til ikke å omgås noen, retten til ikke å bli holdt i slaveri, retten til personlig

⁷⁹ Merknadene inneholdt en meget bra drøftelse om hvorfor det interne fluktalternativet ikke kunne anvendes på grunn av de økonomiske problemene hun vil stå overfor i tillegg til andre problemer koblet til hennes etnisitet.

sikkerhet og i de verste sakene frihet fra tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.⁸⁰

- Sak FU, hvor søkeren fra Somalia var voldtatt og ett av barna drept. UDI innvilger humanitær beskyttelse istedenfor asyl:

”UDI mener at søkeren ikke har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand ved retur til hjemlandet. Det vises til at klanstridighetene som finnes enkelte steder i sørlige Somalia, i seg selv ikke er nok til å danne grunnlag for asyl. Etter direktoratets mening fremstår de reaksjoner og hendelser søkeren har vært utsatt for som trakassering eller rene kriminelle handlinger.”

Anbefaling:

- *Det er et behov for å bringe klarhet i hva en virkelig mulighet for effektiv beskyttelse er. For eksempel, adgang til advokater, uavhengig gjennomgåelse av saken av en rettsinstans, straffeforfølgning av overtredere, anskaffelse av restitusjon / erstatning, og ingen represalier eller andre krenkelser av personlig sikkerhet ved aktører assosiert med overtrederen.*

5.6 Forfølgelse i konfliktområder

Det er viktig å anerkjenne situasjoner der konflikt og/eller grovt brudd på menneskerettighetene er basert på en beskyttelsesgrunn. For eksempel krever etniske/religiøse/politiske konflikter som ofrer systematisk innsats for å eliminere den andre gruppen en vurdering av sammenhengen av motivene bak bruddene. Storey og Wallace foreslår at undersøkelsen av graden av **legitimitet** av **målet** for krigen og **proporsjonalitet** når det gjelder midlene som er brukt i forbindelse med slike mål hjelper å avdekke forfølgelsesmo-

⁸⁰ Krista Daley og Ninette Kelley "Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence in 12 (2) IJRL 167 (2000).

tiver i krigssammenheng.⁸¹ De bemerker videre at ICC standarder i Romastatuttene krever en gjennomgåelse av **intensjon, utstrekning**, og brudenes **systematiske** karakter som er begått, for derved å gi rammeverket for analysen. (Man kan sidestille dette med Goodwin Gills henvisning til **grunner, interesser** og **tiltak** når man vurderer forfølgelse, som drøftet i kapittel 5.) Av dette følger at en generell mangel på mat under krigen ikke vil utgjøre forfølgelse men direkte utsulting av en gruppe sivile som et tiltak for å vinne en krig ville være brudd på Genève Protokoll II og muligens indikere en konvensjonsgrunn.

Et problem som oppstår i sakene er tendensen til å skille individuelle erfaringer fra en større sammenheng, koblet til beskyttelsesgrunner i 1951-konvensjonen, og derved frata søkeren rett til asyl.

- For eksempel i UNE-sak DA ble den kroatisk søkeren av blandet etnisitet voldtatt. UNE bemerket “Det seksuelle overgrep hun ble utsatt for av medstudenter i 1991 ligger nå tilbake i tid, og kan dels ses på som en enkeltstående kriminell handling.” Denne uttalelsen er et forsøk på å skille misbruket fra etnisk diskriminering som dannet grunnlaget for forfølgelse.⁸²
- I Sak FS, anførte en kvinne fra Colombia å ha blitt utsatt for vilkårlig intervensjon i hjemmet av paramilitære som overfalte hennes ledsager og kastet dem ut. Søknaden ble avslått på grunn av lav troverdighet, selv om advokaten uttalte at feilene var ubetydelige og at uoverenstemmelsene skyldtes oversettelsesfeil. Advokaten oppfordret myndighetene videre til å implementere retningslinjene om ikke-statlige agenter fra 1998. UDI bemerket at saken var åpenbart grunnløs. De fant at sammenhengen mellom generell vold og usikkerheten ikke var tilstrekkelig til å underbygge beskyttelsesgrunner og anvendte en sammenlignende tilnærming som begrenset anerkjennelsen av beskyttelsesgrunner;

“Vi viser her mellom anna til at Colombia er eit land der ein generelt er svært utsett for vald og brot på menneskerettene. Valden rår i stor grad tilfeldig og avhengig av sosialt lag, gruppe, alder,

⁸¹ Hugo Storey og Rebecca Wallace, “War and Peace in Refugee Law Jurisprudence” in 95 *American Journal of International Law* 349 (2001).

⁸² Se Farrell, Fletcher, Fischer og Renteln, “War Crimes and Other Human Rights in the Former Yugoslavia” in 16 *Whittier Law Review* 359 (1995).

yrke og politiske oppfatninger. Det synest som om søkjar ikke er spesielt utsett i forhold til dei andre innbyggjarane hvor voldspregede handlinger gjev ikke grunnlag for oppholds eller arbeidsløyve i Norge.”

Et annet område som begrenser anerkjennelse av asyl er opprettholdelse av en sammenlignende tilnærming som krever at søkerens problemer er verre enn de av andre personer i samme landet på en av følgende måter: 1) at søkerens risikonivå er høyere enn risikoen for andre personer i andre grupper, 2) at søkerens risiko er større enn andre personers risiko i søkerens egen gruppe, eller 3) at søkeren risikerer å lide større skade enn andre.⁸³ De canadiske retningslinjer om sivile ikke-stridende som frykter forfølgelse i borgerkrigs- situasjoner (7. mars 1996) oppfordrer bruk av en ikke-komparativ tilnærming som kun drøfter om søkeren løper en risiko for tilstrekkelig alvorlig skade når denne er koblet til en konvensjonsgrunn. Dette synspunktet ble godtatt av den canadiske ankedomstolen.⁸⁴ Selv i situasjoner med vilkårlig vold kan det være eksempler på **gruppevis eller individuell risiko for alvorlig skade koblet til en konvensjonsgrunn** som kan underbygge forfølgelsespåstanden for å innvilge asyl, dvs. etniske grupper som kan utpekes for overgrep, menneskerettsaktivister, journalister, kvinner og barn kan forfølges for å påvirke politiske aktører eller militære aktører som de er beslektet med, osv. Faktum er at en hel befolkning i et land kan være underkastet forfølgelse og så lenge forfølgelsen er koblet til en konvensjonsgrunn kan det finnes beskyttelse.⁸⁵ I fravær av slik kobling kan humanitær beskyttelse innvilges for generell vold. Som før nevnt omtaler Justisdepartementets brev fra 1999 om “Opphold på humanitært grunnlag”

⁸³ Immigration and Refugee Board of Canada, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law, Chapter 9, note 10 (December 31 1999), som siterer Siad, Dahabo Jama v. M.E.I. (F.C.T.D., no. 92-A-6820), Hersi, Nur Dirie v. MEI (F.C.A., no. A-1089-92). Se også Isa, Sharmarka Ahmed, v. S.S.C. (F.C.T.D., no. IMM-1760-94), Reed, februar 16, 1995.

⁸⁴ Ali, Shaysta-Ameer, v. M.C.I. (F.C.A., nok A-772-96) Decary, Stone, Strayer, 12. januar 1999, som siterte i IRB, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law, Id.

⁸⁵ Sternberg, The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law 85 (Martinus Nijhoff 2002), som siterer Sullivan v. MEI.

personer som flykter fra krig eller konfliktsituasjoner hvor mangel på sikkerhet umuliggjør gjennomførbar retur, som kvalifiserer til humanitær beskyttelse.

Anbefaling:

- *Loven og /eller kommentaren til loven bør endres til å identifisere beskyttelsesgrunner i konfliktsituasjoner ved individuell og gruppe-risiko for alvorlig skade.*
- *Kommentaren til loven bør støtte en ikke-komparativ tilnærming som krever vurdering av individets risiko for forfølgelse, uavhengig av andres risiko.*

5.7 Tortur eller grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling

I teorien er tortur vanligvis anerkjent som forfølgelse. Den kan skjelnes fra grusom eller umenneskelig behandling ved **alvorlighetsgraden** av den påførte smerte og lidelse, og det faktum at slik handling er utført **forsettlig eller med vilje**. CAT art. 1 inneholder følgende definisjon:

“Når det gjelder denne Konvensjonen betyr betegnelsen “tortur” enhver handling hvorved store smerter eller lidelse, enten fysisk eller psykisk, blir påført en person med forsett i det formålet å skaffe for ham eller en tredje person informasjon eller tilståelse, straffe ham for en handling han eller en tredje person har utført eller blir mistenkt for å ha utført, eller for å skremme eller tvinge ham eller en tredje person eller for noen grunn basert på diskriminering av noen art, når slike smerter eller lidelse blir påført av eller frembragt av eller med samtykket av en embetsmann eller annen person som oppfører seg i en offentlig sammenheng. Det inkluderer ikke smerte eller lidelse som oppstår fra, inneholdt i eller er en del av lovlige sanksjoner.”

Ifølge rapporten fra UN Special Rapporteur om tortur innebærer tor-

tur: slag, pisking, forbrenning, elektrisk sjokk, opphengning, kvelning, utsettelse for overdrevent lys eller støy, seksualisert vold og voldtekt, gi narkotika i fengsel, nektelse av søvn, mat, vann, hygiene, medisinsk hjelp over lengre tid.⁸⁶ Psykisk tortur kan være drapstrusler eller trusler om at familien vil få represalier, bivåning av andres tortur eller henrettelse – kan også foreligge i form av manglende mat eller vann. Tortur anvendes for å fremtvinge en reaksjon fra personen som blir utsatt for behandlingen eller fra en tredje person, som represalier for en persons handlinger eller handlinger fra en tredje person, eller for tvangsinteresser basert på en åpen diskrimineringsgrunn. Det viktigste er at Torturkonvensjonen anerkjenner at tortur kan utføres av en statlig aktør eller av en ikke-statlig aktør som handler med samtykke, eller stilltiende samtykke, fra staten.

Ifølge CAT art. 3:

“1. Ingen part skal bortvise, returnere (“refouler”) eller utlevere en person til en annen stat hvor det foreligger vesentlige grunner for å tro at han ville være i fare for å utsettes for tortur.

2. I den hensikt å avgjøre hvorvidt det foreligger slike grunner, skal kompetente myndigheter ta i betraktning alle relevante hensyn, også hvor anvendelig, forekomsten i vedkommende stat av mønster på grove, åpenbare eller massebrudd av menneskerettigheter.”

Torturkomiteen oppfordrer parter som fremlegger søknader for gjennomgang å vise til forhold om sammenhengen som behandlingen finner sted i, samt fremleggelse av medisinske beviser som bekrefter slik tortur og virkningene. Disse faktorer bør også tas i betraktning på nasjonalt nivå:

1. Om det i den aktuelle stat finnes bevis for konsekvent mønster på grove, åpenbare eller massebrudd på menneskerettigheter (Det bør legges merke til at forekomsten av et slikt mønster i seg selv ikke er nok til å bevise personlig risiko for tortur, likeledes er fravær av slikt mønster ikke nok til å utelukke personlig risiko for tortur⁸⁷)

⁸⁶ Se *Aydin v. Tyrkia*, EMD (25. september 1997), som gjaldt en kvinne som ble vilkårlig anholdt i tre dager, voldtatt, slått og dusjet med iskaldt vann fra høytrykksspyler mens hun ble snurret rundt i et bildekk. Domstolen mente at behandlingen utgjorde tortur.

⁸⁷ Se *Tahir Hussain Khan v. Canada*, FN Komite mot tortur, Komm. Nr. 15/1994, FN Doic. SA/50/44 i 46 (1995).

2. *Om søkeren har vært torturert eller mishandlet av eller på oppfordring av eller med samtykket fra en embetsmann eller andre personer som tidligere utførte handlinger i offentlig ærend? Hvis dette er tilfelle, har dette skjedd nylig?*
3. *Foreligger det medisinsk eller andre uavhengige beviser som støtter personens anførsel om at vedkommende tidligere har blitt torturert eller mishandlet? Har det vært ettervirkninger av torturen?*
4. *Har ovenfornevnte situasjon endret seg? Har den interne menneskerettighets- situasjonen endret seg?*
5. *Har personen engasjert seg i politisk eller annen aktivitet innenfor eller utenfor staten som medfører at vedkommende ville være særlig utsatt for risikoen for tortur dersom han/hun ble returnert til vedkommende stat?*
6. *Foreligger det bevis på forfatterens troverdighet?*
7. *Foreligger det uovensstemmelser angående fakta i personens søknad? Hvis ja, er de relevante?*

I tillegg til tortur forbyr ECHR art. 3 ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff” og CCPR art. 7 forbyr ”grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff” (til å omfatte ufrivillig deltagelse i medisinsk og vitenskapelig forskning). I en analyse av grusom og umenneskelig behandling bør saksbehandleren undersøke om behandlingen er i samsvar med offentlige standarder for anstendighet og berettigelse, om den er unødvendig fordi det foreligger likeverdige alternativer og om den rasjonelt kan anvendes med standarder som det er mulig å fastsette. Andre faktorer kan være hvorvidt den bare er anvendt på en minoritet, om den er vilkårlig anvendt, om den har noen forbedringsverdi, rehabilitering, avskrekkende effekt eller gjengjeldelse, om den sjokkerer den alminnelige samvittighet eller om den er nedverdiggende for den menneskelige verdighet. På samme måte som tortur, grusom og umenneskelig behandling kan forårsake fysisk og/eller psykisk lidelse, vil den ofte også være koblet til ydmykelse (ut over det som er straffbelagt) eller ekstrem angst for straff.⁸⁸ Behandlingen kan også synes å være indirekte. Som eksempel kan man se

⁸⁸ Se Tyrer-saken, EMD (15. mars 1978) og Soering-saken, EMD (26. juni 1998).

på EMD's avgjørelse i saken Cicek v. Tyrkia (5. september 2002) som omhandler en mor hvis sønner hadde forsvunnet. Hun selv ble ansett for å være et offer for brudd på CAT artikkel 3 (grusom og umenneskelig behandling) på grunn av usikkerheten, tvilen og engstelsen hun led over en periode på 6 år.

Gjennomgang av sakene avdekket et behov for å bringe klarhet i beskyttelsesprinsipper som er relevante for saker som angår tortur eller grusom og umenneskelig behandling. Selv om saksbehandlerne generelt utførte en riktig identifisering av tortur-relaterte handlinger, avdekket enkelte saker en ujevn drøftelse av omfanget av torturen eller den umenneskelige behandling. Sakene avdekket også en usystematisert tilnærming til avveining av situasjoner som omhandlet grove, åpenbare, massebrudd på menneskerettigheter samt en viss grad av usikkerhet om relevansen av fysiske eller psykiske beviser på slike handlinger.

- I forhold til omfanget var søkeren i sak DC både medlem og sekretær i det sudanesiske demokratiske unionsparti. Han ble arrestert og torturert på grunn av sin deltagelse i politiske demonstrasjoner. Etter løslatelsen bestemte han seg for å gifte seg. Bryllupet ble holdt og gjestene ble servert alkohol (fordi staten retter seg etter islamsk lov var dette forbudt). Politiet ankom og arresterte ham og gjestene umiddelbart. Han fikk ikke adgang til domstolsbehandling og ble pisket 40 ganger fordi han inntok alkohol under bryllupsfeiringen. Denne saken er særlig opplysende fordi den viser hvordan en stat kan krenke en persons gjennomføring av rituale ved å skremme og straffe ham. Søkeren fortalte kona at han ikke lenger kunne bo i et land hvor folk ble behandlet slik. En slik kveld der søkeren skulle få anledning til å feire kjærlighet og liv som ble forandret til en kveld som innebar ydmykelse, nedverdiggelse og fysisk smerte. Sammenfiltringen av offentlige og private anliggender utvider påvirkningen fra mishandlingen. Avgjørelsen fra UDI indikerte at de ikke mente at det forelå forfølgelse og nevnte ikke hvorvidt statens handlinger utgjorde grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Søkeren ble imidlertid innvilget humanitær beskyttelse. (Det er videre interessant å se at saksbehandleren i merknadene innrømmet at søkerens deltagelse i demonstrasjoner utgjorde en risiko for fremtidig forfølgelse).
- Sak DD handlet om en søker fra Afghanistan som ble slått, stukket ned med bajonett og pisket av Taliban fordi han drev en videobutikk. Søkeren anførte at han fryktet henrettelse. I vedtaket fremholdt

saksbehandleren at det ikke var noen kobling til religion og at det ikke var noen risiko for forfølgelse. Dette til tross for at saksbehandleren i sine merknader gav uttrykk for en viss usikkerhet om saken kunne knyttes til politisk mening eller om piskingen utgjorde umenneskelig behandling. Han ble derfor innvilget humanitær beskyttelse. Denne tvilen ville ha vært oppklart ved kunnskap om menneskerettigheter.

- I sak HL ble søkeren fra Kongo anholdt og torturert på grunn av sitt arbeid ved det nasjonale etterretningsorganet. UDI innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, både på grunn av den humanitære situasjonen i landet og at det ikke fantes noe internfluktalternativ. Vedtaket sier:

“Direktoratet mener at søker ikke har vært utsatt for en systematisk og individuelt rettet forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Det vises til at søkere ble tatt til fange på det tidspunkt da opptøyene startet i østlige Kongo og at overgrepet således fremtrer som en vilkårlig handling fra opprørsgruppens side. Selv om søker har vært med i ARN, kan han ikke sies å ha hatt en såpass fremtredende stilling at han skulle være spesielt utsatt for overgrep ved en retur til hjemlandet i dag. Søkers anførsel om tortur mens han ble holdt som fange av RCD, tilsier heller ikke noen nevneverdig risiko for fremtidige overgrep for søker ved en retur.”

Til tross for anførselen om tidligere forfølgelse viser vedtaket en ufullstendig drøftelse av fremtidig trussel fra Congolese Rally for Democracy (RCD) eller staten selv fordi han ble brukt av RCD.

Henvisningene var imidlertid forbedret i 2003-sakene.

- Sak FZ gjaldt en mann fra Kongo som risikerte dødsstraff på grunn av sin militærtjeneste under Mobutu. Han ble innvilget humanitær beskyttelse basert på henvisning til ECHR.
- Sak FX handlet om en mann fra Etiopia som ble utsatt for tortur som ble innvilget asyl under henvisning til både CAT og ICCPR.

Grunnene til de forskjellige avgjørelsene er for det første; Den første saken ble ikke ansett for å være troverdig og for det andre kunne ikke saksbehandleren finne en relevant beskyttelseskategori i den første saken, men klarte det i den andre.

I forhold til den sammenhengen som menneskerettighetsbruddene

fremkommer i; Jo oftere slike forhold forekom dess mer sannsynlig var det at man henviste til de i saker som bevis på ”kriminelle handlinger” eller generell, uspesifisert vold som ikke ga grunnlag for asyl. Det synes derfor å ha en omvendt innvirkning i forhold til Torturkomiteens hensikt.

I relasjon til bevis påsto den kongolesiske søkeren i Sak DE å ha blitt hengt etter armene i tre uker i solen. UDI anmodet ikke om en medisinsk vurdering som kunne bekrefte tortur. Foreldrene ble drept av personer som var koblet til ”opprørsgruppen” til Kabila. UDI fant uoverensstemmelser i hans forklaring og konkluderte med at han ikke var troverdig. Han ble imidlertid innvilget humanitær beskyttelse etter 15-måneders-regelen. Saksbehandleren burde ha vurdert asyl under sosial gruppe eller tillagt politisk mening ettersom foreldrene ble drept på grunn av sin deltagelse i opprørsgrupper til Kabila og hans kunnskaper om mordernes identitet. En medisinsk vurdering kunne ha gitt tilstrekkelige beviser for å gjøre bruk av ”tvilen kommer til gode” for å heve beskyttelsesnivået. Selv i saker der det foreligger medisinsk dokumentasjon som bekrefter den anførte fysiske skade som en følge av tortur kan saksbehandlerne være tilbakeholdne med å vektlegge slike beviser for å innvilge asyl.

- I sak HI var saksbehandleren ikke overbevist om at søkeren hadde en høy nok stilling til å bli utpekt for forfølgelse fordi han var sjåfør i det militære. Sjåfører kan besitte opplysninger om personers tilholdssted og overhøre samtaler som finner sted under transport. Disse aspekter er ikke tatt i betraktning. Til tross for at søkerens medisinske dokumentasjon støtter påstanden om tidligere tortur, uttaler UDI følgende: *“Attesten bidrar imidlertid ikke til å dokumentere klagers anførsler, og klagers fysiske skader gir i seg selv ikke grunnlag for å innvilge asyl eller vern.”*

Torturkomiteen har bekreftet viktigheten av å vise forsiktighet ved troverdighetsavgjørelser i saker som gjelder tortur. Asylsøkere som opplever post-traumatiske forstyrrelser behøver ikke å være istand til å gi bevis på en klar og sammenhengende måte. Det kan videre være en tidsforsinkelse før slike erfaringer erkjennes.

Anbefaling:

- *Lovkommentaren bør kryss-henvisе til CAT art. 1, 3 og ECHR art. 3. Den bør også inneholde den grunnleggende definisjonen av tortur og grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling samt en liste over relevante beviser som underbygger en søknad.*
- *Det bør utarbeides retningslinjer som gjelder tolkningen av standarder for tortur og grusom og umenneskelig behandling. Retningslinjene bør også henvisе til praksis fra Torturkomiteen og EMD.*
- *Utlendingsmyndighetene bør overveie å ansette egne eksperter som vurderer post-traumatiske forstyrrelser eller andre beviser for tortur.*
- *UNE og UDI bør opprette en praksisoversikt over relevante bevis for post-traumatiske forstyrrelser som kan gi asyl eller humanitær beskyttelse i tillegg til et vedtaks relevans for unntaket til 1951-konvensjonens opphørsklausul i 1 C 5.*

5.8 Retur: Menneskerettigheter i etter-bosettings-situasjoner

Et felt som kan trenge utkast til retningslinjer med hensyn til potensiell anvendelse av asylkriterier og /eller humanitær beskyttelse, er det som refererer seg til etter-bosettings situasjoner som går ut på retur. Saksbehandlere bør revurdere beskyttelsesbehov i forbindelse med sikkerhetspørsmål som relaterer seg til midlertidige situasjoner. I UDI er det mer vanlig å fortsette med de samme beskyttelsesgrunner, til tross for at det har skjedd et regime-skifte eller andre forhold har endret seg, f. eks. Afghanistan, enn å finne nye beskyttelseskriterier tilknyttet manglende stabilitet eller sikkerhet i overgangsfasen. Dette ville gjenspeilet en menneskerettighetsanalyse som er basert på sikkerhets- og verdighetsforhold ved retur i tillegg til en fornyet vurdering av non-refoulement risiko. Media slår derfor kloa i UDI og spør hvorfor praksis ikke er endret dersom den antatte forfølgelsestrussel er borte. De forstår imidlertid ikke at nye menneskerettslige utfordringer kommer til, til forskjell fra den tidligere trusselen. Etter-bosettingssamfunnet gjennomgår midlertidige perioder hvor både de demokratiske institusjonene og rettssikkerheten er svak. Det kan være sterke

krenkelser mot flyktingene og risikoen for hevn kan være stor. Uløste eiendomstvister kan umuliggjøre retur, det samme kan manglende infrastruktur gjøre, slik som veier, skoler, sykehus, vannforsyninger etc.

- Sak DH gjaldt en familie av blandet etnisitet fra Jugoslavia. Bestefaren ble drept og deres hjem ble brent ned til grunnen. I UDI var beskyttelsesgrunnen militærnektelse, men i klagen var dette endret til å gjelde barnas situasjon, integrerings- og rehabiliteringsbehov. Barna hadde bodd i Norge i åtte år og snakket ikke foreldrenes språk. Begge foreldrene arbeidet og barna gikk på skole. De fremla en legeattest som uttrykte bekymring for de psykiske problemer som barna ville gå gjennom ved en eventuell retur. UNE innvilget humanitær beskyttelse og viste til manglende harmonisering av bevisbyrden siden det ikke var *“tiltsrekkelig sannsynliggjort at klagerne ved en retur med rette frykter å bli utsatt for forfølgelse”*. De valgte imidlertid å *“legge til grunn at klagerne vil kunne frykte forfølgelse ved retur til hjemlandet.”* Vedtaket inneholdt en underliggende vurdering av *“barnets beste”*, uten en konkret og systematisk gjennomgang av CRC – standarder som førte til humanitær beskyttelse, men ikke asyl.

- I sak DJ var søkeren av albansk/ashkali-opprinnelse fra Jugoslavia. Han flyktet til Makedonia under krigen og returnerte i 1999. Han ble utsatt for vilkårlig intervensjon i hjemmet av maskerte menn, tvungnet til å forlate hjemmet og distriktet, han fikk ødelagt sin eiendom (huset ble nedbrent). Til tross for dette avslo UDI søknaden og bemerket muligheten for internfluktalternativ:

“Søkeren anfører at det er lovløse tilstander i Kosovo og at det drepes mennesker og familier der hver dag, han viser til at rettsystemet ikke fungerer og at de kriminelle aldri stilles for domstolene.

Det er ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at denne søkeren ved retur til hjemlandet vil bli utsatt for slik forfølgelse.

Utlendingsdirektoratet her merket seg de lidelser som søkeren og hans familie ble utsatt for i Kosovo. Vi har også merket oss søkerens vurderinger av forholdene i Kosovo. Disse forholdene kan imidlertid ikke danne grunnlag for asyl. Vi viser i denne sammenheng til at konvensjonen legger opp til en fremtidsrettet vurdering, og at forholdene søkeren viser til knytter seg til situasjonen i Kosovo. Familien flyttet fra Kosovo i juli 1990. Søkeren vil derfor bli vurdert opp mot en retur til Novi Pazar i Serbia. Søkeren har ikke anført noe om forholdene i Serbia som kan danne grunnlag for asyl i Norge. Utlend-

dingsdirektoratet ønsker å uttrykke forståelse for at de opplevelsene søkeren har hatt i Kosovo har vært traumatiske.

Direktoratet har merket seg søkerens anførsel at han nå ikke skal ha noe sted å bo i Serbia. Boligmangel er imidlertid ikke et forhold som kan danne grunnlag for asyl. Det vises også til at søkeren har familie som oppholder seg i Serbia.”

Søkeren hadde ikke fått erstatning for eiendommen, og det var ingen drøftelse om eiendomsrettens kobling til lik beskyttelse, ikke-diskriminering, rett til privatliv og familiens rett til regress. Derfor resulterer avslag og retur i en risiko for intern tvangsforflytning. Det er behov for nærmere undersøkelse om beskyttelsesbehovet i etter-bosettings-situasjoner.

I andre saker okkuperer en fordrevet person vedkommende eiendom og forhindrer re-okkupasjon av huset, som for eksempel sak DK som gjaldt en søker fra Jugoslavia av albansk avstamning som fikk avslag. Se også sak DL som handler om en Jugoslav som ble slått og fordrevet fra huset sitt av UCK. Albanere flyttet inn i huset hans:

“Episoden bærer mer preg av å være en enkeltstående og tilfeldig handling som ikke gir grunn til å slutte at dette var bevisste, konsekvente og etniske motiverte handlinger som også har en slik grovhet som normalt må foreligge for at en kan karakterisere det som forfølgelse. Direktoratet har merket seg at søkeren ikke lenger skal ha noe å vende tilbake til. Boligmangel, arbeidsledighet, sosiale eller økonomiske problemer er imidlertid ikke forhold som danner grunnlag for asyl i Norge.”

Tilnærmingen er tatt ut av sin sammenheng. Tatt i betraktning av at forflytningen fant sted i en periode med etnisk rensking, fortjente den å fungere som bevis på tidligere uavhjulpen forfølgelse som har fått ringvirkninger. Han ble innvilget humanitær beskyttelse både på grunn av sin bosniske etnisitet og praksis om å ikke returnere til Mitrovica.

- UNE-sak DM gjaldt en søker av rom etnisitet fra Kroatia som fikk avslag. Han mistet jobben og huset på grunn av etnisk diskriminering. UDI bemerket imidlertid at *“det forhold at klageren vil stå uten arbeid og bolig ved retur uansett ikke gir grunnlag for asyl”* Både UDI og UNE anerkjenner at det er problemer for minoriteter i Kroatia, men inntar en sammenlignende tilnærming som begrenser anerkjennelse av asyl – gitt at han ikke er ansett for å være i en *“spesielt utsatt posisjon i forhold til øvrige minoritetsgrupper i*

Kroatia”⁸⁹. I stedet for å vurdere hans individuelle sikkerhetstilstand blir han vurdert i forhold til andre. Det er videre en overfladisk drøftelse om returforhold.

- I sak DN, som også handler om en etnisk rom fra Kroatia, er søknaden avslått selv om søkeren anførte at hans hus ble ekspropriert av staten og han selv ble utsatt for trakassering og tvangsarbeid. UNE bemerket:

“UNE har merket seg opplysningene om at klagerens bolig er overført til staten. Dette er ikke et forhold som i seg selv kan danne grunnlag for asyl eller oppholdstillatelse. Vi er kjent med at det forekommer tilfeller av administrativ diskriminering ved løsning av eendomstvister, men dette er ikke forhold som defineres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Det vises til at verken den kroatisk lovgivningen eller sentrale myndigheter legger opp til at det skal forekomme noen etnisk diskriminering på dette området.”

Dette spørsmålet er høyst diskutabelt fordi det fortsatt er problemer med etnisk diskriminering under lovens anvendelse til tross de jure nøytralitet. Den manglende kumulative analysen om andre menneskerettighetsbrudd forklarer også hvorfor asyl ikke er gitt. I motsetning til tidligere forfølgelse fokuserer UDI til sist på fremtidig forfølgelse, og påpeker i tillegg at “boligmangel er imidlertid ikke et forhold som kan danne grunnlag for asyl.” Saksbehandlere behandler boligmangelen som fullstendig urelatert til tidligere forfølgelse. Dette er faktisk en del av den etniske rensningsstrategien.

Det er en kobling mellom sosio-økonomiske rettigheter og sivile og politiske rettigheter, som avdekker et behov for kumulativ analyse. Eieomsrettsområdet er særlig sammenfiltret med etnisk diskriminering, slik som tvungen forflytning og at det ikke blir gitt alternativ husly. Dette forblir uavhjulpet på grunn av partiske domstoler og mangel på politisk vilje blant lokale institusjoner.⁹⁰

Humanitær beskyttelse er gitt i saker hvor søkeren tilhører en særlig

⁸⁹ Det var heller ingen drøftelse av utelukkelse, til tross for at søkeren uttalte at han var beskyldt for krigsforbrytelser.

⁹⁰ Se Amnesty rapport for Kroatia 2002 som er tilgjengelig på <http://www.amnesty.org>.

etnisk gruppe som faller under en generell ikke-retur politikk. Det er derfor ikke en individuell tilnærming og den begrenser anerkjennelse av asyl. Så lenge det ikke finnes restitusjon eller alternativ husly for søkerne, så kan det hevdes at virkningene av tidligere forfølgelse forblir løpende.

- Man kan se på saken om Dulas v. Tyrkia (20. januar 2001), hvor EMD behandlet saken om en kvinne som fikk huset sitt ødelagt av det statlige politi. Dette førte til tvangsforflytning og en uavhjulpen situasjon. Domstolen mente at staten hadde krenket ECHR art. 3 (forbud mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff) og bemerket at selv om staten fremholdt at den bekjempet terrorisme, utgjorde ødeleggelsen av hennes hjem og eiendeler umenneskelig behandling på grunn av den alvorlige graden av lidelse som hun ble påført, art. 8 (rett til respekt for privat- og familielivet) og art. 1 i Protokoll 1 (beskyttelse av eiendom, art. 13 (rett til effektivt rettsmiddel), og art. 25 (ikke å forhindre retten til å fremme individuell søknad.) Se også Bilgin v. Tyrkia (16. november 2000) hvor EMD på nytt holdt staten ansvarlig for dens ødeleggelse i strid med standarder som ble listet opp tidligere. Man må vurdere tilstedeværelsen av alternativ husly- og restitusjonsprogrammer for å forstå i hvilken utstrekning staten har klart å reparere tidligere brudd på eiendomsrettigheter og avhjelpende tiltak.

Anbefaling:

- *Det er et behov for nærmere undersøkelse av beskyttelsesbehovet i etter-bosettings-situasjoner. Det bør utarbeides retningslinjer for å behandle non-refoulement og non-retur praksis som drøfter menneskerettighetsspørsmål særlig med hensyn til etterkonfliktperioder. Slike retningslinjer kan anvendes som henvisning for saksbehandlerne og bli gitt til media for å øke forståelsen for slike beskyttelsesgrunner.*
- *Retur av flyktinger må være frivillig (ikke som en følge av tvangsfaktorer i asyllandet) og utføres under sikkerhetsmessige og verdige forhold. Retur av personer som er ansett for å være "de facto"-flyktinger har snarere hatt en tendens til å fokusere på sikkerhetsforhold og verdighet i opprinnelseslandet enn personens vilje. Følgen av dette har vært kritikk gitt av Sopf med hensyn til Bosnia-*

Herzeovina om at retur til et internt fluktalternativ faktisk er flytting som fremmer etniske skiller enn hjemsendelse.⁹¹

- *Før hjemsendelsen gjennomføres må det undersøkes om det foreligger en generell forbedring i opprinnelseslandet basert på objektiv, oppdatert informasjon. Som bemerket av Fitzpatrick bør retur av formelle og de facto flyktninger være basert på en endring som er “fundamental, stabil, varig og effektiv.” Endringen må eliminere eller redusere den risiko og fare som fremprovoserte flukten og nødvendiggjorde behovet for internasjonal beskyttelse til et menneskelig tålelig nivå.⁹² Utlendingsmyndighetene bør undersøke adgangen til grunnleggende tjenester, skadenivået på infrastruktur (veier, sykehus, skoler, vann osv), omfanget av militære og paramilitære aktiviteter, beskyttelse mot flytting til fiendtlige områder (anti-flyktning holdning blant lokal befolkningen), og tilstedeværelsen av internt fordrevne personer.*
- *Saksbehandlere må vurdere nivået på rettslig sikkerhet og gjeninnføring av rettigheter – ikke-diskrimineringsgarantier, amnestier, frihet fra frykt for forfølgelse eller straff ved retur, fysisk sikkerhet, beskyttelse mot væpnet angrep (nivået av demobilisering), minefrie ruter, adgang til eiendom/livsopphold, bevegelsesfrihet (også retten til å returnere til sitt hjem), beskyttelse mot vilkårlig anholdelse eller krenkelse av fysisk integritet, adgang til skoler, respekt for familieenhet, anerkjennelse av nasjonalitet og ytrings-, menings-, og religionsfrihet. Disse standarder krever tilstedeværelse av et rettferdig og effektiv rettslig system i tillegg til administrative organer, lovvedtak (når det gjelder amnestilover, ikke-diskrimineringsgarantier, restitusjon av eiendom eller erstatning. Videre er det et behov for finansiering av utviklingsprogrammer som drøfter sosio-økonomiske initiativer som er sentrale for konsolidering av fred og reintegrering av fordrevne personer.*
- *Med hensyn til personer som har vært tvangsflyttet fra sine hjem bør UDI formulere fellesstrategier med Utenriksdepartementet for å undersøke om det er mulig å koble finansiering av alternativ boligbyg-*

⁹¹ Davor Sopl, “Temporary protection in Europe after 1990: The Right to “Remain” of Genuine Convention Refugees, in 6 Wash. U. J.L. & Pol’y 109, 152 (2001).

⁹² Joan Fitzpatrick, “The End of Protection: Lergal Standards for Cessation of Refugee Status and Withdrawal of Temporary Protection” in 13 Geo. Im-migr. L. J. 343, 380 (1999).

ging eller erstatningsprogrammer for å returnere flykninger, for å sikre at det er utført i overensstemmelse med internasjonale menneskerettigheter

- *På lignende måte bør det vurderes å forbedre kontakten med Forsvarsdepartementet for å dele informasjon om bekymringer rundt sikkerhet og infrastruktur i forbindelse med hjemsendelse og andre lignende spørsmål.*

6. Årsakssammenheng

En av grunnene for å velge humanitær beskyttelse istedenfor asyl er unnlatelsen av å etablere en sammenheng mellom forfølgelses-trusselen og en beskyttelseskategori under 1951-konvensjonen. Følgende tabell inneholder saker der søkeren enten ble innvilget asyl eller humanitær beskyttelse. Den viser hvordan saker som blir innvilget humanitær beskyttelse inkluderte fakta som det er mulig å relatere til en beskyttelseskategori. Avgjørelsen om å innvilge humanitær beskyttelse istedenfor asyl skyldes som oftest et av følgende alternativer: negativ troverdighetsvurdering eller avgjørelse om bevisstandard. Til tider skyldes det også en manglende identifikasjon av den relevante beskyttelseskategori fra saksbehandlerens side. I tillegg unnlater saksbehandlerne å identifisere tilstedeværelsen av flere enn en relevant kategori.

Beskyttelseskategori	Asyl innvilget	Humanitær beskyttelse innvilget
Politisk mening	45	51
Religion	11	13
Rase	10	19
Statsborgerskap	8	20
Sosial gruppe	39	59

I de følgende avsnitt vil spørsmål angående tolkningen av sosial gruppe og politisk mening drøftes. Gjennomgangen av sakene avdekket at disse er de to kategorier som har vist seg å være mest problematiske når det gjelder saksbehandlerne forståelse. Flere saker på UDI-nivå mangler henvisning til den relevante beskyttelses-kategori, eller en begrunnelse for hvorfor søkeren ikke faller under en slik kategori. Saksbehandlerne kan bare henvise til den aktuelle beskyttelsesgrunnen i merknadene, og advoka-

ten vil derfor ikke få kunnskap om hvilken standard som er benyttet som avgjørelsesgrunnlag. I noen tilfeller blir asyl innvilget uten henvisning til en beskyttelseskategori i det hele tatt.⁹³ Likevel representerer ikke disse sakene nødvendigvis feilaktige avgjørelser. Mangelen på en strukturert analyse gjør imidlertid prosessen ”delegalisert”, og gir en ”ad hoc” kvalitet til avgjørelsene. I andre saker kan saksbehandlerne unnlate å utføre en tilstrekkelig kobling mellom de forskjellige beskyttelseskategorier, og fullfører derved ikke en kumulativ analyse – fordi noen menneskerettighetsbrudd kan være begått på bakgrunn av personens rase og andre på grunn av hans/hennes politiske mening. Selv om de hver for seg ikke behøver å utgjøre forfølgelse, kan de sammen tilfredsstille standarden. En samlet vurdering av alle relevante beskyttelseskategorier kan derfor øke andelen av innvilget asyl.

Det bør bemerkes at unnlatsen av å identifisere de relevante beskyttelseskategori(er) ikke nødvendigvis skyldes manglende teorikunnskaper bare hos saksbehandlerne, men også hos advokatene som representerer asylsøkerne. Advokater kan automastisk anmode UDI om å innvilge humanitær beskyttelse fordi de selv ikke er klar over at klienten kan falle innenfor en relevant beskyttelseskategori i flyktningsdefinisjonen. Det er usannsynlig at UDI innvilger asyl når advokaten ikke tar bryderiet med å undersøke om klienten fortjener slik beskyttelse under definisjonen. På lignende måte legger NGOer, også NOAS, brev som sammenfører argumentasjonen for beskyttelse, uten å skjelne mellom grunnene innenfor hver enkelt kategori. Saksbehandlerne får derved ingen veiledning når det gjelder den beskyttelseskategorien som er mest relevant i saken.

6.1 Sosial gruppe

Beskyttelseskategorien sosial gruppe er beskrevet som den mest tilpas-

⁹³ Sak Y handlet om en kvinne fra Irak som fikk et barn utenfor ekteskap og sto overfor trusselen om en mulig henrettelse fra sin islamske familie. Hun ble mishandlet av faren og sine brødre og forsøkte å ta sitt eget liv. UDI avgjør at internflukt ikke er et alternativ, og innvilger asyl etter en anke fra NOAS.

ningsdyktige kategorien i forhold til de endringer som har skjedd innenfor tvungen forflytning i den senere tid. Det er denne kategoriens fortjeneste at 1951-konvensjonen har forblitt relevant innen de skiftende sammenhenger av forfølgelse.⁹⁴

Denne kategorien har i stor grad fått sin utvikling gjennom praksis i USA, Canada og Storbritannia. Kriteriene for å identifisere en sosial gruppe har vært sterkt varierende, som for eksempel:

- Krav om **”felles, uforanderlig karakteristikk”** slik som kjønn, hudfarge, språk, seksuell legning, slektskap/familie, tilhørighet til stamme eller klan, eller tidligere omstendigheter som et medlem enten ikke kan endre på, eller som er så fundamentalt for medlemmets identitet eller overbevisning at det ikke bør kreves at denne skal endre på det⁹⁵; **”Medfødt eller uforanderlig karakteristikk”**⁹⁶
- **Sammenheng eller homogenitet.**⁹⁷ Denne standarden blir nå unngått av domstolene
- **A) Frivillig foreningsforbindelse.**⁹⁸ Dette utgjør en samling av personer som er knyttet sammen, og som er drevet av en felles bevegelse eller interesse.

⁹⁴ Mark R. Von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2002) for en solid oversikt over denne kategorien.

⁹⁵ Acosta-saken, 19 I&N Dec 2111 (BIA 1996) USA. For en oversikt over amerikansk praksis med hensyn til sosial gruppe se Siobhan M. Kelly, *”Social Group-Based Asylum Claims Under the Refugee Act of 1980*, 68 U. Cin.L.Rev. 895 (vår 2000); se også T. David Parish *”Membership in a Particular Social Group under the Refugee Act of 1980: Social identity and the Legal Concept of the Refugee*, 92 Colum. L. Rev. 9223 (1992). Se også Maryellen Fullerton, *A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group*, 26 Cornell Int’l.J.505 (1993).

⁹⁶ Canada (Attorney General) v. Ward (1993) 2 S.C.R. 69, 739 D.L.R. (4th) Canada.

⁹⁷ Fullerton beskriver at de tyske underrettene implementerer denne standarden, men Aleinikoff sier at de høyere rettene ikke har implementert slik analyse.

⁹⁸ Sanchez-Trujillo v. INS, 801 F.2nd 1571, 1576 (9th Cir. 1986).

- B) Frivillig forening av grunner som er så fundamentale for menneskeverdet at de derfor ikke bør tvinges til å gi opp sitt fellesskap. (menneskerettighetsaktivister koblet til tankefrihet, fagforeninger som praktiserer menneskerettigheter) eller grupper som assosieres med en tidligere frivillig status som ikke kan forandres på grunn av dens historie,⁹⁹ eller individer som er koblet sammen ved tidligere sammenhenger som de ikke skal forfølges for, uansett sin nåværende status.¹⁰⁰
- A) Oppfatningen om at gruppen skiller seg ut i samfunnet
- B) **“En felles grunnleggende karakteristikk som tjener til å skille dem i forfølgerens øyne”– “en gjenkjennelig og atskilt”** karakteristikk, slik som fattige, eller offentlige tjenestemenn, som i gjennomføringen av regjeringens politikk kan utpeke seg overfor terrorister og derved være mer utsatt.¹⁰¹

Goodwin-Gill anmoder om en sammenslåing av intern og ekstern analyse til å omfatte frivillig sammenslutning, ufrivillige forbindelser slik som familie, felles tidligere opplevelser, eller medfødte, uforanderlige karakteristikk, eller oppfatning om andre.¹⁰² Aleinikoff anmoder om definisjon av en sosial gruppe som viser til de som er forent av en felles karakteristikk, som de identifiserer seg med, eller blir identifisert som av regjering eller samfunn.¹⁰³ Von Sternberg bekrefter at det er en enorm utvikling i tolkningen av denne kategorien, stort sett på grunn av utvidet henvisning til menneskerettighetskonvensjonene.¹⁰⁴ Den sosiale gruppen er delvis definert

⁹⁹ Canada (Attorney General) v. Ward (1993) 2 C.S.R. 69, 739 D.L.R. (4th) Canada.

¹⁰⁰ Acosta-saken, Id.

¹⁰¹ Gomez v INS, 947 F. 2nd 660, 664 (2nd Cir. 1991).

¹⁰² Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* 47 (Clarendon 1996).

¹⁰³ T. Alexander Aleinikoff, “Membership in a Particular Social Group: Analysis and Proposed Conclusions”,

Bakgrunns papir for “Track Two” of the Global Consultations, (UNHCR 2002). Han gir en fullstendig komparativ oversikt over rettspraksis og utarbeidelse av normer med hensyn til sosial gruppe.

¹⁰⁴ Von Sternberg Id. At 195.

ved å fremheve en persons vilje til å utøve grunnleggende menneskerettigheter uten å bli utsatt for diskriminering. Derfor kryss-henviser retningsgivende saker til spesifikke rettigheter, slik som rett til frihet eller personlig sikkerhet, særskilte garantier innenfor CRC og CEDAW, så vel som generelle ikke-diskriminerende normer. Enkelte saker, slik som kvinner som er utsatt for vold i hjemmet, utnyttelse og fengsling, kjønnslemlestelse av kvinner, eller tvangsekteskap er alle anerkjent som sosial gruppe under kombinerte tilnærminger f. eks. “uforanderlig karakteristikk + utøvelse av grunnleggende menneskerettigheter uten å bli utsatt for diskriminering” (sistnevnte anvendes på personer som står overfor tvangssterilisering), barn av polititjenestemenn som er utpekt av muslimske terrorgrupper fordi de anses for å være anti-terroristiske (ekstern oppfatning + uforanderlig familiekarakteristikk), arbeidstakere hos en statlig aktør med kjennskap til korrupsjon (kombinasjon av ekstern oppfatning og uforanderlig karakteristikk (deres kjennskap)). UNHCR tilbyr en standard for bestemmelse av sosial gruppe som tillater en gjennomgåelse av interne eller eksterne faktorer, og som er koblet til faste egenskaper eller grunnleggende menneskerettigheter:

*“ . . .en gruppe personer som deler en felles karakteristikk foruten risikoen for forfølgelse, eller som oppfattes som en distinkt gruppe av samfunnet. Karakteristikken vil ofte være av medfødt art, uforanderlig eller på annen måte grunnleggende for identitet, overbevisning eller utøvelsen av menneskerettigheter.”*¹⁰⁵

Det foreligger ingen krav om at medlemmer av gruppen kjenner eller samhandler med hverandre, og det er heller ingen krav om at alle medlemmene risikerer forfølgelse.¹⁰⁶ Man kan se på felles interesser, streben, verdigrunnlag, bakgrunn, etnisitet, kaste, klan, kultur, språk, utdanning, familiebakgrunn, økonomisk aktivitet, yrkesgrupperinger, fagforeningstilhørighet, eller ”overtredelse av sosiale normer”. Europarådets forslagsdirektiv art. 12 inneholder følgende definisjon av sosial gruppe:

“medlemmer av denne gruppe deler en medfødt karakteristikk, eller en felles bakgrunn som ikke kan forandres, eller deler særpreg eller over-

¹⁰⁵ UNHCR, guidelines on Internatinal Protection: “Membershiop of a Particular Social Group” within the Context of Article 1 A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/02 (7 May 2002).

¹⁰⁶ Id.

bevisning som er så grunnleggende for deres identitet eller samvittighet at det ikke bør forlanges at personen må gi det opp; og at gruppen har en endret identitet i vedkommende land, fordi det oppfattes som annerledes enn omgivelsene; avhengig av forholdene i opprinnelseslandet kan en enkelt sosial gruppe omfatte en gruppe basert på en felles karakteristisk seksuell legning. Seksuell legning kan ikke sies å omfatte handlinger som er ansett som kriminelle i overensstemmelse med nasjonal lov i medlemsstater, kjønnsrelaterte aspekter kan vurderes, uten at de i seg selv skaper en formodning om anvendelsen av denne artikkel.”

Saksbehandlerne bør unngå den misoppfatning om at sosial gruppe blir definert bare på bakgrunn av å være et mål for forfølgelse. Videre bør det ikke forventes at søkere viser at hvert medlem av gruppen løper risiko for forfølgelse for å fastslå at det eksisterer en sosial gruppe.¹⁰⁷ Noen saksbehandlere kan være tilbakeholdne med å anerkjenne en beskyttelseskategori fordi de antar at dette alene vil etablere grunner til å innvilge asyl. Faktum er imidlertid at det ikke er tilstrekkelig at beskyttelseskategorien eksisterer. Søkeren må vise tilstedeværelsen av en ”velbegrunnet frykt for forfølgelse”, koblet opp mot beskyttelseskategorien.

1998-retningslinjene synliggjorde områder som hadde behov for forbedret beskyttelse, men som har forblitt ufullstendig. Som et eksempel skrives det ”osv.” istedenfor sosial gruppe i første setningen, som senere bare drøfter kjønnsforfølgelse under denne kategorien. Det betyr at forklaringen på hva som utgjør sosial gruppe, eller for den saks skyld også andre beskyttelseskategorier er uklar.

Følgende tabell viser hvordan både kvinner og menn som faller inn under sosial gruppe kan få humanitær beskyttelse istedenfor asyl, men kvinner har en større sjans for å bli klassifisert i den lavere kategorien. Som nevnt før er grunnene for en slik avgjørelse ofte koblet til en avgjørelse om troverdighet/bevisstandard. Allikevel synes det som om saksbehandlere i noen saker er usikre på hvordan de skal identifisere en sosial gruppe og etablere en kobling mot forfølgelse, ellers viser det en helning mot andre beskyttelseskategorier.

¹⁰⁷ Se Aleinikoff, supra note 76.

Sosial gruppe	Asyl	Humanitær beskyttelse
Kvinner	18	33
Menn	22	28

I de gjennomgåtte sakene var kategorien sosial gruppe ikke så ofte brukt, men unntak ble funnet. Søkere som tradisjonelt falt innenfor denne kategorien, slik som universitetsprofessorer, politi, sykepleiere og annet medisinsk personell som hjalp soldater, eller medlemmer av en viss familie eller klan, kunne få avslag eller bare ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, delvis på grunn av saksbehandlerne eller advokatene manglende forståelse angående relevansen av deres yrke eller familietilknytning til den aktuelle beskyttelsesgrunnen (andre grunner inkluderer mangel på troverdighet, negativ riskikovurdering osv.)

- Sak Z handlet om en etiopisk mann som arbeidet som lærer ved et universitet. Han hevdet å være medlem av Nasjonal Patriotisk Front, lærernes fagforening, samt en gruppe som fremmet demokrati, likhet og fred. Han skrev artikler og spredte informasjon mot regjeringen. Regjeringen karakteriserte gruppen som en terroristorganisasjon og fengslet ham. En ny lærerfagforening ble opprettet og søkeren ble nektet adgang til sitt kontor. Han anførte å ha blitt truet og slått av politiet, og fremla dokumentasjon som bekreftet hans status som forsker. På grunn av sin tidligere søknad i Sverige og uoverensstemmelser i forklaringen, ble han ikke ansett som troverdig og fikk avslag. UDIs unnlattelse av å identifisere sosial gruppe som relevant i tilknytning til søkerens yrke er bekymringsfullt.
- I sak AA fryktet et bosnisk medlem av sikkerhetspolitiet i Montenegro at den serbiske militæretterretning ville utføre et attentat mot ham. Søkeren anførte at han tidligere hadde vært utsatt for to attentatforsøk, og at han ble bortført av politiet for åtte år siden. UDI unnlater å identifisere sosial gruppe som en kategori. Han får avslag på bakgrunn av at det ikke eksisterer en risiko for forfølgelse (verken fare for hevnaksjoner eller henvisning til opphørsklausuler blir drøftet). Det ble anbefalt at han søkte beskyttelse hos myndighetene i Montenegro. Uansett spørsmål om risiko fortjente denne saken en drøftelse av sosial gruppe.

- Sak AB handlet om en mann av albansk etnisitet som tidligere arbeidet for serbisk politi og som ble truet av Kosovo Liberation Army (UCK) (huset hans ble beskyttet, han hadde tidligere blitt utsatt for tortur, svigerfaren og hans venner i politiet ble drept). UDI innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, og ga faktisk uttrykk for at sosial gruppe ikke var anvendelig selv om hans tilknytning til politiet hadde en innvirkning på hans situasjon.:

“Direktoratet er kjent med at søker som følge av sin stilling i politiet under serbisk styre kan være i en utsatt posisjon. Dette er likevel ikke et forhold som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens eller konvensjonens forstand.”

- Hans situasjon karakteriseres som en som ikke representerer forfølgelse. Det er klart at man kan anføre at det eksisterer en reell risiko for represalier og som kan identifiseres som en sosial gruppe. Alternativt kan man si at han ble utpekt på grunn av en tillagt politisk mening.¹⁰⁸
- Sak AC gjaldt tilstanden til datteren av en serbisk krigsforbryter som følte seg truet av både kroatisk politi og militærpolitiet. Hennes hjem ble gjennom søkt og hun ble tvunget til å forlate det. Hun forsøkte å oppnå beskyttelse fra staten, men ble ikke hjulpet på grunn av farens forhold. Hun befant seg videre i et blandingsekteskap, noe som medførte at hun mistet huset og ble nektet adgang til jobber på grunn av sin etnisitet. Hun ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Dette skyldtes at UDI vurderte en tilstedeværende risiko for umenneskelig behandling ved retur som sidestilt med den motsatte avgjørelsen om at det ikke forelå tilstrekkelig tidligere forfølgelse. Saksbehandleren burde ha drøftet kategorien sosial gruppe eller en tillagt politisk mening (ellers viste saksbehandleren en god og selvstendig resonnering i tillegg til en grundig undersøkelse av flere beviskilder). (Imidlertid, i sak GM, ble en kroatisk mann innvilget asyl basert på politisk mening, snarere enn sosial gruppe. Han ble tvunget til å grave en grav etter ordre fra militæret, og vitnet senere i Den Haag).
- Sak AD dreide seg om et medlem av en anti-korrupsjonsenhet i Hviterussland som anførte å ha mottatt trusler og for å ha blitt fysisk overfalt av politiet, og at disse hendelsene førte til at han forlot hjemlandet. UNE uttalte at:

¹⁰⁸ Se Melencio Legui Lim v INS, 224 F. 3rd 929 (9th Cir. 2000).

“De forhold som klageren hevder å ha vært utsatt for, har sin bakgrunn i at klageren under utøvelse av sitt yrke og i en stilling for Innenriksministeriet, fremsatte anklager om blant annet korrupsjon foretatt av høyere myndighetspersoner. Disse sakenes behandling av klagerens overordnede, og de reaksjoner han fikk på bakgrunn av dette var en følge av arbeidsforholdet, og kommer ikke inn under konvensjonsgrunnene ’rase, religion, nasjonalitet osv. De overgrep klageren har beskrevet fra enkeltpersoner på grunn av korrupsjonsanklagene, må betraktes som rene kriminelle handlinger, som faller utenfor flyktningskonvensjonen art. 1A og gir ikke rett til asyl.”

Man bør merke seg at avgjørelsen utelater kategoriene sosial gruppe og politisk mening, som er de mest relevante for saken, og skriver i stedet osv., og unnlater derfor å utføre en analyse basert på dette grunnlaget. Han ble innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn, basert på 15-måneders-regelen.

Til sammenligning fant en ankeinstans for tredje rettsdistrikt i USA grunn til å vurdere innvilgelse av beskyttelse til en mann som sto overfor anklager som var fabrikkert av bestikkelige embedsmenn, som represalier for tidligere informasjon og vitneforklaring han hadde gitt i forbindelse med regjeringsundersøkelser om offisiell korrupsjon i Ukraina.¹⁰⁹

- Sak AE handler om et medlem av en antiterroristenhet i Sri Lanka som fryktet forfølgelse fra både Frigjøringsligene i Tamil Eelam (LTTE) så vel som politiet (sistnevnte trodde at han arbeidet for LTTE). Han anførte å ha blitt torturert av soldater, tvunget til å begrave lik og behandlet på en nedverdiggende måte (tvunget til å spise hundemat og soldatenes matrester). Han uttalte at LTTE faktisk forsøkte å rekruttere ham og at de drepte broren hans. Han ga fullstendige detaljer angående medfangene, vaktene og tilstanden i fengselet. UDI avviste sakens fakta som ikke relevant for begrepet forfølgelse eller flyktningsdefineringen, og skrev i merknadene “Jeg synes ikke det er naturlig å legge arbeidssted inn under dette (sosial gruppe).” Saken ble avvist uten drøftelse av sosial gruppe, tillagt politisk mening, eksklusjon, eller spørsmål knyttet til refoulement.
- Sak AF involverte faren til en geriljasoldat i Colombia. Sønnen ble drept, han mottok trusler og huset hans ble beskyttet. Selv om søke-

¹⁰⁹ Derevianko v. Reno, Attorney General of the United States, 2003 U.S. App. Lexis 1739.

rens advokat helt korrekt påpekte at faren hadde vært og ville fortsette å være utpekt på grunn av sønnens medlemskap i geriljaen, uttalte UDI at forholdet ikke passet noen av beskyttelseskategoriene. Det ble videre uttalt at han ikke tilfredsstilte bevisstandarden angående risiko for forfølgelse, og det ble satt spørsmålsteget ved hans troverdighet. UNE innvilget ham tillatelse basert på sterke menneskelig hensyn, på grunn av hans alder og at han hadde en annen sønn i Norge. Denne saken avdekker et klassisk sosial gruppe/tillagt politisk mening- scenario og avgjørelsen burde ha inkludert en drøftelse av denne kategorien.

- Sak AG omhandlet en slektning av en leder av Sosialistiske styrkers front (FFS) i Algerie, som anførte å ha blitt truet av Gruppen Islamsk Armé. Hans far ble henrettet og saksbehandleren uttalte at han burde bli innvilget humanitær beskyttelse, men søknaden ble til slutt avslått. Dersom analysen hadde drøftet koblingen til faren som en sosial gruppe / tillagt politisk mening, og dette som et videre bevis på risikoen for en fremtidig forfølgelse, kunne han muligens ha fått asyl.
- Sak AH handler om en slektning av medlemmer av Wadat-partiet (av etnisiteten hazara) i Afghanistan som ble trakassert av Taliban, samtidig som hans bror ble bortført. Saksbehandleren drøftet ikke sosial gruppe eller tillagt politisk mening, men gjorde en analyse av kumulative grunner for beskyttelse. Saksbehandleren henviste til en dansk rapport som bekreftet forsvinninger og arrest av hazara folk i området. På grunn av tvil om troverdighet ble han innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.
- Case AI handlet om et tidligere medlem av etterretningsspolitet i Afghanistan som anførte å ha blitt arrestert, beskyttet og forfulgt av Mujahedin på grunn av sin religion. UDI drøftet ikke yrkets tilknytning til beskyttelsesgrunnene (det var heller ikke noen henvisning til eksklusjonsklausulen). Han ble innvilget humanitær beskyttelse.
- Sak AJ gjaldt en sykepleierske som bisto geriljasoldater i Colombia ved å gi dem medisinsk utstyr og pleie de sårede. Det ble ingen diskusjon av sosial gruppe eller tillagt politisk mening. Hun ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, delvis på grunn av tvil om troverdighet.
- Sak AK handlet om et medlem av en organisasjon for familier av ofre for terrorisme i Algerie. Han anførte å ha blitt forfulgt av islamister og at de drepte broren hans. Saksbehandleren foretok ikke en

vurdering om sosial gruppe/tillagt politisk mening, som i seg selv kunne ha medført en vurdering om innvilgelse av asyl. UDI lot tvilen komme søker til gode i troverdighetsvurderingen, men innvilget kun tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn etter 15-måneders-regelen.

- Sak AL handlet om en mann hvis familie ble utsatt etter klankonflikter. Medlemmer av familien hans hadde blitt drept. UDI utførte ikke noen sosial gruppe-analyse som ville ha fremhevet utsatthet på et individuelt eller gruppenivå, utover generalisert vold. UDI uttalte at attentatene utgjorde “*tilfeldige klanstridigheter*” som ble ansett som kriminelle handlinger og ikke forfølgelse. Søkeren ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

Man kan sammenligne med en amerikansk sak hvor ankenemnden for immigrasjonssaker avgjorde at et klanmedlem hadde blitt anholdt, slått og torturert på grunn av sin klantilhørighet.¹¹⁰

I en annen amerikansk sak, karakteriserte retten familien som en sosial gruppe. Mannen hadde hjulpet sin bror, som satt fengslet for sine religiøse aktiviteter, med å rømme, og ble selv utsatt for fengsling og tortur.¹¹¹ Retten bemerket at de utpekte ham for å få opplysninger om broren for å tvinge ham til å komme frem.

- I sak AN avslo UNE en anmodning om beskyttelse fra en journalist som laget en dokumentar om forsvunne serbere. Journalisten ble overfalt og truet av statlige og ikke-statlige aktører. Nemndas flertall gjennomførte kun en analyse om rase og henviste til muligheten for beskyttelse fra det lokale politiet: Det ble ikke utført noen sosial gruppe-analyse på bakgrunn av hans yrkesmessige aktiviteter. Nemndas mindretall var ikke enig og fremhevet alvorret i truslene, problemene med de facto adgang til Kroatia, og problemene innenfor politiet.
- I motsetning, i sak AO, innvilget UNE asyl til et tidligere medlem

¹¹⁰ Sak H, 21 I&N Dec. 337 (BIA 1996)

¹¹¹ Gebremichael v. Ins, 10 F. 3rd 28 (1st Cir. 1993). Begge sakene siterte Mark R. Von Sternberg, *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law* 210-211 (Martinus Nijhoff Publishers 2002).

av den jugoslaviske etterretning i Kosovo. Han hadde mottatt dødstrusler på grunn av mistanken om at han skaffet informasjon til albanerne. Nemndas flertall lot tvilen komme ham til gode og anvendte kategorien politisk mening, men jeg vil anføre at sosial gruppe kanskje er mer passende, gitt at det er kunnskapen som gjør han utsatt. Personer som er utpekt på grunn av kunnskap om ulovlige aktiviteter, slik som statlig korrupsjon, kan kategoriseres under ”sosial gruppe” fordi kunnskapen er uforanderlig og koblet til ytringsfriheten.¹¹² UNE resonnerer som følger:

“Flertallet er kommet til at klageren med rette frykter forfølgelse fra albanske ekstremister, f.eks. i form av tidligere UCK medlemmer. Denne forfølgelse har sin årsak i at han, gjennom sitt tidligere arbeidsforhold, av disse vil bli ansett å ha hatt en politisk oppfatning, selv om klager tok dette arbeidet for å ha inntekter. Hensett til at det fortsatt meldes om drap på personer som blir assosiert med det tidligere regimet, legger flertallet til grunn at myndighetene har vilje til å gi beskyttelse, men at evnen til å gi beskyttelse ikke kan anses tilstrekkelig”

- Se også sak FP som gjelder en russisk soldat som deserterte fra hæren etter at han rapporterte om ulovlig våpensalg fra soldater til sivile. Han ble slått, truet, anholdt og torturert.¹¹³ UNE unnlot å drøfte utpeking med bakgrunn i sosial gruppe i forhold til hans kunnskap om de ulovlige aktivitetene, og viser heller ikke til tidligere tortur:

”Nemnda har vurdert klagerens anførsel om forfølgelse på grunn av avsløringer om ulovlig våpensalg. Anførselen omfatter forhold som ikke har tilknytning til noen av konvensjonsgrunnene. Ulovlig våpensalg er et kriminelt forhold som er straffbart etter russisk lovgivning. Det er russiske myndigheters ansvar å iverksette tiltak mot personer som bedriver ulovlig våpensalg. Vilkårene for å anse klageren som flyktning på grunn av den anførte forfølgelse er derfor ikke tilstede.”

¹¹² Id. At 196 som siterer saker fra Canadian Federal Courts, Reynoso v. M.S.I. (F.C.T.D. no. IMM-2110-94), 29. januar 1996) som involverte arbeidstakere av en meksikansk borgemester som terroriseres på grunn av deres kunnskaper om en korrump politisk praksis.

¹¹³ Søkerens beskrivelse av tortur var meget utførlig, og omfattet behandling som heter ”Afghanistan” hvor soldater som skal straffes blir kledd i fullt utstyr og en gassmaske og tvunget til å samle vann som har blitt sprøytet på et gulv som er brukt til å tørke klær (40 grader Celsius)

Noen åpenbare kategorier, slik som menneskerettighetsaktivister, forfattere, religiøse aktivister eller journalister blir innvilget asyl:

- Sak AP handlet om en avisredaktør i Somalia hvis kontor ble angrepet av bevæpnede menn. Avisen ble forbudt på grunn av kritikken som ble rettet mot den islamske domstol. I tillegg anførte han å ha filmet milits-aksjoner og at han ble utsatt for arrestasjon og tortur. UDI lot tvilen komme ham til gode når det gjaldt sannsynligheten av om hendelsene hadde funnet sted, noe som styrket hans generelle troverdighet. Han ble innvilget asyl basert på faktum om at hans klan ikke kunne hjelpe ham, noe som avdekket en god analyse av viktigheten av å vurdere rollen og effektiviteten av de facto myndigheter.
- Sak U handlet om et medlem av en muslimsk organisasjon som drev et trykkeri som utga litteratur og en avis. Han fikk 92 offisielle klager rettet mot seg og mottok telefoniske trusler. Dokumentasjonen som han fremla var troverdig og han ble innvilget asyl fordi UDI bemerket at det var en klar sak.
- Sak AQ handlet om en forfatter som skrev om konflikten i Somalia. Han ble fengslet av United Somali Congress (USC)/ Somali National Alliance (SNA), torturert og fikk dødsdom. UDI innvilget asyl og anvendte tvilen-kommer-til-gode-prinsippet. Saken er et eksempel på en utmerket analyse.
- Sak AR handlet om en høyt profilert menneskerettighetsadvokat fra Sudan som beskyldte myndighetene for å ha begått alvorlige menneskerettighetsbrudd. Han skrev artikler mot det militære og holdt et foredrag som fordømte en tidligere massaker. Han ble også beskyldt for å være medlem av Al Moatamar Al Watani, og for å ha arrangert møter og protestert. UDI uttalte at dette handlet om systematisk forfølgelse, og innvilget asyl fordi han ble torturert og arrestert ti ganger.
- UNE-sak AS – asyl ble innvilget til organisatoren av en ulovlig lærerforening i Iran. Han ble avhørt av den revolusjonære garden og det ble funnet ulovlig litteratur da huset hans ble ransaket. I tillegg forsvant en av hans kolleger, og konen ble pisket og fengslet på grunn av hans aktiviteter. UNE anvendte tvilen-kommer-til-gode for å innvilge asyl.
- Alle er imidlertid ikke beskyttet, selv innenfor de tradisjonelle kategorier:

- Sak AT handler om en reporter fra Eritrea som laget reportasjer om fengsler og som var medlem av en opposisjonsgruppe som åpent rettet kritikk mot regimet. Han anførte at han hadde blitt truet av sikkerhetspersonell og arrestert. UDI avslo søknaden og anførte at han ikke kunne anses for å være i statens "søkelys". Det ble videre anført at forholdet ikke representerte noen trussel om henrettelse, og at trusler i seg selv ikke var forfølgelse. UDI mente videre at han fortsatt ville vært arrestert dersom han virkelig ble ansett som en trussel mot staten, og at han manglet tilstrekkelig troverdighet fordi han hadde beholdt jobben i staten. Selv om det foreligger forskjellige punkter i denne saken som gir grunn til bekymring, fremhever jeg her at saksbehandleren unnlot å gjennomføre en sosial gruppeanalyse basert på søkerens yrkesmessige aktiviteter tilknyttet menneskerettigheter. Ved å fokusere på en antatt manglende høy profil, overser saksbehandleren muligheten for at søkerens artikler om fengslene potensielt sett kunne føre til utpeking av staten.
- Sak AU handlet om en kongolesisk mann som arbeidet for en menneskerettighetsorganisasjon og som var medlem av den politiske opposisjonen. Han ble ikke anerkjent som flyktning (men han ble innvilget humanitær beskyttelse) til tross for at politiet trengte seg inn i hjemmet hans, kona ble kidnappet og datteren voldtatt, og han selv opplevde å bli overfalt. UDI uttalte at "*søkerens anførte aktiviteter er ikke av et slikt omfang eller en slik karakter at det kan begrunne asyl i konvensjonens og lovens forstand.*" For å bevise en manglende forfølgelsestrussel bemerket UDI at søkeren brukte sitt eget pass. Isteden for humanitær beskyttelse burde søkeren ha blitt innvilget asyl ved å ta i bruk sosial gruppe- og politisk mening-kategoriene.
- En interessant sak (UNE-sak AV) gjaldt en kurdisk søker hvis far ble drept og brødre arrestert fordi han nektet å betale avgifter til den irakske regjeringen for bruk av sin egen dyrkbare jord. Søkeren fryktet at han ville bli drept på grunn av sin status som arving til eiendommen og sønn av et tidligere medlem av opposisjonen (faren hans ble ansett for å sympatisere med Baath-partiet, og derfor fryktet han forfølgelse fra kurderne i tillegg). UDI avgjorde at han ikke engasjerte seg tilstrekkelig i politisk aktivitet til å fortjene beskyttelse. Drøftelsen tok ikke for seg spørsmålet om eiendomsretten var tilstrekkelig som basis for et beskyttelsesbehov basert på "sosial gruppe". Denne saken ble avslått på alle nivåer. Dersom saksbehandleren hadde fullført en kombinert sosial gruppe - og tillagt politisk mening-analyse, så vel som en grundigere analyse av de relevante menneskerettigheter, kunne beskyttelse ha vært innvilget.

- Sak FO handlet om en journalist som var etnisk serber fra øst-slovenia. Han laget en dokumentar om forsvunne serbere og eksistensen av en massegrav fylt med serbere. Han ble overfalt av en kroat og opplevde å bli drapstruet i tillegg til at han fikk trusler om at hans hus ville bli bombet. Hans katt ble drept og han ble etterforsket av politiet. UDI avsto, og anførte av han kunne søke beskyttelse fra det nasjonale politiet. På UNE-nivå identifiserte nemnda rase som den eneste relevante beskyttelseskategori og overså derved kategorien sosial gruppe som faktisk var opphavet til at han var utsatt. Flertallet i nemda avsto saken og gjentok at han kunne søke beskyttelse fra staten. Det ble ikke funnet holdepunkter for frykt for forfølgelse på objektivt grunnlag, i forhold til mangelen på rapporter om attentater på journalister. Mindretallet i nemda var uenig på grunn av truslenes sterke karakter, problemer med reell adgang til rettferdighet, og tilstedeværelsen av høyreekstremist-tendenser innen politiet.

Kvinner som blir tvunget til å inngå ekteskap mot sin vilje eller som er utsatt for kjønnslemlestelse/tvangssterilisering er definert som en sosial gruppe på grunn av deres ønske om å utøve en grunnleggende menneskerett:

- I sak AW var søkeren en kvinne fra Somalia (tidligere enke) som giftet seg med en mann fra en annen klan mot familiens vilje. Hun ble slått og tvunget til å gifte seg med en slektning av sin avdøde mann. Selv om både saksbehandleren og dennes overordnede vurderte sosial gruppe valgte de til slutt å innvilge humanitær beskyttelse istedenfor asyl, uten å forklare hvorfor de valgte et lavere beskyttelsesnivå.
- Sakene AX og AY handlet om en mann og en kvinne fra Pakistan. Han ble fengslet for å ha giftet seg med kvinnen mot hennes families vilje. Kvinnens far ønsket å tvinge henne inn i et ekteskap med en annen mann. Faren hennes var en innflytelsesrik mann i slekt med den saudiarabiske kongefamilien. Han sendte henne til Saudi Arabia og mannen fikk trusler om at søsteren hans ville bli voldtatt dersom han rapporterte saken til politiet. Pakistans Høyesterett avsa en dom som anerkjente deres rett til å gifte seg og de ble berømt. Hennes far innga en formell klage som beskyldte henne for utroskap og hun ble plassert i husarrest. De ble innvilget asyl, og saken representerte en viktig presedens om forfølgelse utført av ikke-statlige aktører, sosial gruppe, og de facto krenkelser angående adgang til rettsmidler. Det som imidlertid skiller denne saken fra andre som handler om krenkelser om retten til å gifte seg eller motsatt, rett til ikke å inngå ekte-

skap, er at det en høyt profilert sak som fikk oppmerksomhet i mediene og inkluderte en avgjørelse fra Høyesterett. De fleste saker får ikke oppmerksomhet i mediene, og vil sjelden føre til en avgjørelse av retten til å beskytte ofrene, slik som en sak fra Sudan illustrerer – en kvinne påsto at hun ville bli tvunget til å gifte seg mot sin vilje, UDI avsto og bemerket at dette ikke var nok til å utgjøre forfølgelse.

- UNE-sak BB. Søkeren nektet å inngå et arrangert ekteskap og reiste til Norge og giftet seg med en mann som hun senere skilte seg fra. Nemnda anvendte sosial gruppe og siterte retningslinjene fra 1998. Nemnda valgte imidlertid å ikke innvilge asyl:

“Nemnda vil vise til at arrangerte ekteskap er meget utbredt i de fleste muslimske land, herunder i Kosovo, og kan omfatte både kvinner og menn. Nemnda mener man bør være varsom med å la en så utbredt kultur gi grunnlag for flyktningsstatus og rett til asyl etter utlendingsloven § 17”

Nemnda vurderte standarden for å innvilge humanitær beskyttelse etter § 15 (1): ”Nemnda mener at klagerens frykt for at familien ikke vil ha kontakt med henne og at hun ikke vil ha noe nettverk ved en retur klart ikke faller inn under denne bestemmelsen.” Endelig ble tillatelse basert på sterke menneskelig hensyn vurdert, og det ble uttrykt bekymring for anerkjennelse av grunner som ville være anvendelig på mange asylsøkere eller mottagere av felles beskyttelse.

”Det er dette som generelt omtales som oppholdstillatelse på humanitært grunnlag. Her må det foretas en bred og konkret helhetsvurdering hvor en rekke forskjellige typer av velferdsgrunner vil kunne være relevante. Det er ikke slik at det må foreligge et avgjørende moment i en sak. Tillatelse kan også gis der man etter en samlet vurdering av flere momenter i den aktuelle saken finner at vilkårene er oppfylt. Hensyn som taler for innvilgelse må veies mot de som taler mot, bla. innvandringspolitiskehensyn. Det er et prinsipp om at like saker skal behandles likt, og det er ikke meningen at forhold som vil gjøre seg gjeldende for alle eller svært mange asylsøkere, eller for flertallet av de som har hatt opphold med kollektiv beskyttelse, i seg selv skal føre til opphold etter utlendingslovens § 8 (2).”

Hun fikk tillatelse basert på hennes sårbarhet ved retur:

“Spørsmålet for nemnda er om det foreligger omstendigheter som skiller klagerens sak fra hva som må forventes å være situasjonen for et større antall av de kosovoalbanere som har hatt kollektiv be-

skyttelse i Norge, og om disse omstendighetene i tilfelle tilsier at klageren bør innvilges opphold.” Nemnda finner det sannsynlig at hun ved retur vil stå uten et nettverk i form av slektninger/venner som kan bistå henne. Hun er også kommet i en vanskelig situasjon i forhold til mannen hun skulle gifte seg med. . . Nemnda har lagt vekt på at klageren må anses som spesielt sårbar ved en retur.”

- UNE-sak BC, hvor tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn ble innvilget til en kvinne som rømte fra tvangsekteskap i Somalia. UDI uttalte at *“det at hun ønsker å unngå et tvangsekteskap danner ikke grunnlag for asyl.”* UNE fant henne troverdig men bemerket:
- *“Klageren vil komme i en svært vanskelig situasjon ved retur til hjemlandet. Situasjonen i Somaliland anses ikke å være slik at det generelt er utilrådelig å returnere til området. Unge, enslige kvinner vil kunne få det vanskelig, men dette har likevel ikke vært tilstrekkelig til å anse retur som utilrådelig. Det er imidlertid på det rene at klantilhørighet er svært viktig i Somalia generelt, også i Somaliland. Klageren er på denne måten i en spesiell situasjon, idet hun vil bli utstøtt av sin egen klan. Hun vil derfor stå utenfor klanens beskyttelse når det gjelder sikkerhetsmessige forhold. Dessuten vil hun møte diskriminering og trakassering fra sin egen klan fordi hun har brutt en avtale som var inngått mellom to klaner. Hennes sikkerhetsmessige situasjon vil derfor være svært usikker. I og med at hun vil bli utstøtt fra sin egen klan vil hun også få en vanskelig sosial situasjon. Mulighetene til jobb, tilgang til helsevesen m.v. er knyttet til klantilhørigheten, og hun vil være blant de svakeste i samfunnet på alle måter.”*
- UNE innvilget humanitær beskyttelse, selv om den samme analyse kunne ha blitt anvendt til å innvilge asyl. Denne avgjørelsen indikerte en mangel på kumulativ analyse – og anførte at det ikke var noen risiko for dødsstraff eller umenneskelig behandling.
- I UNE-sak AZ var søkeren en russisk kvinne som ble forfulgt av en oberst og banket opp i sitt hjem. Hun søkte forgjeves beskyttelse fra staten. Hun fryktet at hun ville bli drept ved retur. UDI avslo og uttalte at hendelsene var kriminelle handlinger, ikke forfølgelse. På UNE-nivå ble det uttrykt bekymring for at hun sannsynligvis ville få problemer med politiet, men konklusjonen var at hun kunne søke et internt fluktalternativ. UNE gikk så langt som å innrømme at politiet har evnen til å finne henne dersom hun flyttet innenfor landet, men avgjorde at dette ikke var sannsynlig. Merknadene inneholder en vurdering av kategorien sosial gruppe og konstatering av tortur i

hjemlandet, men konkluderer med at forholdene kun er et problem av privat karakter, til tross for at overtrederen var en embetsmann. I stedet for asyl blir kvinnen innvilget tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn, som er definert som å kreve henvisning til sikkerhetssituasjonen i hjemlandet, kvinnens spesielle situasjon ved retur, intern tvangsflytning, helseproblemer, barnets interesser osv. Denne avgjørelsen er bekymringsfull på grunn av immigrasjonsmyndighetenes har unnlatt å fullføre en analyse av sosial gruppe, i tillegg til at den ikke legger vekt på den manglende adgang til rettsmidler og det faktum at forfølgeren har gode forbindelser innen statens sikkerhetsapparat. Videre kunne kriteriene for en tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn også ha vært brukt som relevante faktorer for innvilgelse av juridisk beskyttelse.

- Sak BA – saksbehandleren gjør en korrekt identifikasjon av sosial gruppe og kjønnsforfølgelse. En pakistansk kvinne ble tvangsgiftet med sin fetter og ble utsatt for grov mishandling (inkludert voldtekt). Hun opplevde en spontanabort som følge av mishandlingen. Mannen forsøkte å sette fyr på søker og hennes datter. Saksbehandleren uttalte imidlertid at hun var usikker på hvordan saken passet inn under vilkårene i retningslinjene. Asyl ble innvilget likevel fordi søker ble funnet troverdig og at hun hadde tilknytning til riket.
- UNE-sak BD, hvor søkeren var en jugoslaviske mann som arbeidet som informant for serberne. Han anførte at han fryktet represalier fra albanerne og uttalte at hans status som homoseksuell gjorde ham sårbar. Han fikk avslag fra UDI på grunnlag at det ikke var noen risiko for forfølgelse. Han ble imidlertid innvilget tillatelse i UNE på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn, delvis også på grunn av sin seksuelle legning. Dette til tross for at nemdas mindretall innstilte til asyl på bakgrunn av at homoseksualitet medførte straff ved lov. Flertallet anførte at det var usannsynlig at bestemmelsen ville bli håndhevet. Her ser vi et skille i oppfatningen om at forfølgelse kan anses etablert ved lov hvis ordlyd krenker en grunnleggende menneskerett, uforholdsmessigheten av den lovgitte standarden, dens diskriminerende ordlyd eller mangel på en overstyrende statsinteresse (offentlig påbud, helse osv.) mot hensynet at det må foreligge en faktisk risiko for at loven blir håndhevet. Denne meningsforskjellen har nylig ført til uoverensstemmelser i domstolene, også i møter mellom UDI og UNE. UDI mener på sin side at det bør gis beskyttelse på dette grunnlag fordi risikoen for forfølgelse anses som tilstrekkelig tilstede ved gjeldende lov, mens UNE mener at det

kreves holdepunkter i praksis for å anse loven som bevis på risiko for forfølgelse.

- I sak BE hadde søkeren blitt voldtatt og torturert av politiet fordi hennes far hadde arbeidet for Mobutu. UDI uttalte:

“Det vises til at ovennevnte anførsler vedrørende hendelsen hvor søker ble voldtatt og mishandlet ikke kan danne grunnlag for asyl, da hendelsen fremstår som en vilkårlig kriminell handling og ikke som en handling rettet mot søkeren som et ledd i en forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Når det gjelder søkerens anførsler om frykt for overgrep fordi hennes far var militær under Mobutu, vises det til at det ikke er gitt opplysninger som tilsier at faren var profilert i en slik grad at søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse grunnet dette.”

Hun ble innvilget humanitær beskyttelse, men saken kunne like gjerne ha vært vurdert som asyl under enten sosial gruppe eller tillagt politisk mening.

- Sak BF handlet om en kvinne hvis mann støttet opprørsgrupper i Kongo, og hun ble derfor vilkårlig anholdt og voldtatt gjentatte ganger. UDI innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, og uttalte at:

“Konvensjonen legger opp til en fremtidsvurdering av om søkeren ved retur til hjemlandet vil bli utsatt for slike reaksjoner fra myndighetenes eller andres side. Direktoratet mener at søkers anførsler ikke danner grunnlag for asyl, da frykten for overgrep ikke relaterer seg til noen av forfølgelsesgrunnene i loven eller konvensjonen. Søkerens frykt for overgrep er begrunnet utifra at hennes ektefelle har blitt beskyldt for å ha sluttet seg til rebellene i hjemlandet. Direktoratet har merket seg at søkeren forteller at hun har blitt utsatt for flere voldtekter mens hun satt i forvaring. Ifølge vurderinger er disse forholdene imidlertid ikke av en slik art at de kan anses som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand.”

I merknadene uttalte saksbehandleren:

”Jeg mener at søkers anførsler ikke kan danne grunnlag for asyl (heller ikke kjønnsrelatert forfølgelse). Søkers frykt for overgrep relaterer seg ikke til noen av grunnene i konvensjonen.”

Det er ingen vurdering av eller forståelse for tillagt politisk mening, sosial gruppe, kjønnsforfølgelse eller tidligere forfølgelse som bevis på risiko for fremtidig forfølgelse.

- Videre, i sak BI fra Pakistan, ble det innvilget asyl på bakgrunn av kjønnsbasert forfølgelse. Saken gjaldt en kvinne som giftet seg mot familiens vilje og som følge av dette riskerte æresdrap. Moren truet henne via media. UDI bemerket mangelen på adgang til rettsmidler, siterte både statistikker og rapporter, og avslo muligheten for et internt fluktalternativ. (Denne saken inneholdt en utmerket generell analyse, spesielt av den norske ambassaden i Pakistan.)
- Case BJ handlet om en kvinne hvis far var dommer som ble fjernet fra stillingen og fengslet av Taliban. Søkeren var medlem av kommunistpartiet og arbeidet som lærer for en kvinneorganisasjon. Hun ble tvangsgiftet med et medlem av Taliban som mishandlet henne. Etter at hennes mann ble drept risikerte hun å bli tvangsgiftet med svogeren. Hun ble ansett for å være troverdig og UDI utførte en meget bra sosial gruppe-analyse og innvilget asyl.

Anbefaling:

- *Kommentaren til loven bør omfatte UNHCR-standardene for vurdering av sosial gruppe, som inkluderer tilstedeværelsen av en felles karakteristikk som kan være intern eller ekstern, medfødt, uforanderlig, eller som er grunnleggende for identitet eller overbevisning, eller utøvelsen av personens menneskerettigheter. Kommentaren kan fremheve eksempler på okkupasjon, seksuell legning, frivillig omgang, familie, stamme, "overtrelse av sosiale normer", osv.*
- *Når det gjelder kvinner trengs det nye retningslinjer angående kjønn – dette blir fullstendig drøftet i rapporten om implementering av et kjønnsperspektiv i norsk asyilovgivning.*

6.2 Politisk mening

Beskyttelsesgrunnen som blir oftest brukt av UDI og UNE er ”politisk mening”. Enkelte ganger virker det som om denne beskyttelsesgrunnen anses for å være det primære fokus i asylinstituttet. Gjennomgangen av sakene bekrefter at det er lagt betydelig vekt på politiske forfølgelsesgrunner. Grunnen til at det innvilges humanitær beskyttelse istedenfor asyl synes å være at implementeringen av beskyttelseskategoriene i 1951-konvensjonen er ujevn – politisk mening har fått flere henvisninger enn andre kategorier, og dette mistolkes til å gjelde bare den politiske aktiviteten. Når den anvendes, viser den en elitisk tilbøyelighet fordi det er politiske ledere som blir definert som de som fortjener beskyttelse, i motsetning til ikke-ledere. Politisk mening blir ofte oversett.

Følgende tabell viser at saker som inneholder fakta med relasjoner til politisk mening ikke alltid blir innvilget asyl, men at det som oftest ble innvilget humanitær beskyttelse eller tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn. Selv om de fleste sakene ble gitt humanitær beskyttelse på grunnlag av en negativ vurdering av bevisstandard/troverdighet, avdekker igjen andre saker at saksbehandleren har unnlatt å identifisere den relevante beskyttelseskategori. Det kan videre leses fra statistikken at det er mer sannsynlig at kvinner får innvilget humanitær beskyttelse i stedet for asyl enn menn, til tross for at fakta avdekker relevans til kategorien politisk mening.

Politisk mening	Asyl	Humanitær beskyttelse
Kvinner	25	37
Menn	30	33

6.2.1 Politisk mening kontra politisk aktivitet

Tolkningen av denne kategorien synes å være noe snever fordi saksbehandlerne i de fleste tilfeller krevet politisk aktivitet, snarere enn politisk mening. Se på UDIs konsepter: “Søkeren har heller ikke * utvist politisk akti-

vitet av en slik art eller i et slikt omfang at det kan gi grunn til å frykte forfølgelse* vært politisk aktiv.” Dette er gjentatt av UNE:

- Sak HI handlet om en etnisk kurder fra Irak (medlem av Hizbi Risgari-partiet) som satt fengslet i tyrkisk fengsel i to år og opplevde tortur. UNE bemerket en type bevisstandard med hensyn til anerkjennelse av politisk mening, som slo sammen risiko for forfølgelse med identifikasjon av beskyttelseskategorien: *“Når det gjelder ‘politisk oppfatning’ mener nemnda at klageren ut fra det som foreligger av opplysninger ikke har sannsynliggjort at han har utøvet politisk virksomhet i en slik grad at han på grunn av slik aktivitet har grunn til å frykte forfølgelse.”* Imidlertid fant UNE at han var utpekt av islamister og uttalte at det ikke fantes noe internfluktalternativ, slik at han ble innvilget asyl.

Flere avgjørelser pekte direkte mot mangelen på politisk engasjement som grunner til å ikke anerkjenne asyl:

- Sak HH handlet om en mann fra Sudan hvis far, mor og bror ble fengslet på grunn av medlemskapet i kommunistpartiet. Søkeren selv ble torturert av sikkerhetsagenter. Både UDI og UNE avsto og bemerket: *“Klageren har selv ikke vært medlem av noen politisk organisasjon og har ikke utøvet noen form for politisk aktivitet. Han har imidlertid sympatisert med partiet.”* Den vilkårlige arrestasjonen og avhøret var koblet til familiens aktiviteter og ble derfor ikke ansett for å være rettet mot ham.
- Man kan sammenligne med sak GF som gjelder en kvinnelig journalist fra Kroatia som avdekket militært engasjement i utpressing og opplevde voldtekt og inter alia intervensjon i sitt hjem. Hun ble innvilget asyl på grunn av sine åpne politiske aktiviteter og den klare koblingen til den etterfølgende forfølgelsen.

Det bør noteres at enkelte saksbehandlere viser en solid forståelse av den kulturelle komponenten av politisk mening:

- Sak BX omhandlet en kunstner fra Irak hvis utstillingsgjenstander handlet om kvinner og uavhengighet så vel som den kjemiske katastrofen Halabja. Dette førte til forfølgelse fra islamister. Han opplevde trusler og at en granat ble kastet inn i hagen hans. Han ble senere arrestert, fengslet og satt i enecelle. Han fryktet henrettelse ved retur. UDI vurderte internfluktalternativet men forkastet det på bakgrunn av at statsagenter kunne finne ham. Tvilen kom han til gode og asyl ble innvilget.

6.2.2 I søkelyset

Det synes å eksistere et krav om at søkeren er høyt profilert og i statens søkelys for å kvalifisere til beskyttelse, til tross for at 1951-konvensjonen ikke skiller på dette:

- UNE-sak BL angikk en kurdisk mann fra Iran som var medlem av kommunistpartiet som var aktiv i geriljakrigen. Han og kollegaene hans ble arrestert i 1998, og hans venner ble torturert. Når han kom til utlandet skrev han artikler som rettet kritikk mot de iranske myndigheter. UNE uttalte at artiklene kunne fremprovosere en reaksjon fra regjeringen ved retur, men at dette ikke nødvendigvis utgjorde forfølgelse. UNE innvilget humanitær beskyttelse, men bemerket at han ikke hadde en høy nok profil som kunne begrunne asyl, men at:

“Nemnda mener det er usikkert hvilke reaksjoner myndighetene vil kunne iverksette overfor klager ved en eventuell retur, på grunn av hans politiske aktivitet i og utenfor Iran. Denne usikkerheten tilsier at klager har et behov for beskyttelse mot å bli returnert til hjemlandet.”

Nemnda lot ikke tvilen komme søker til gode, og var tilbakeholden med å skape en presedens som gjaldt sur place-handlinger. Det ble derfor satt overdreven fokus på høy profil-kriterier om politisk engasjement, som ikke hadde noen relasjon til en sammenheng der forfølgelse er utvidet til å gjelde folk på lavere nivåer (merk opplevelsene til hans kollegaer).

- Se også UNE-sak BK, som gjaldt en kurdisk mann fra Irak som var aktiv i Hizbi Rizgari Kordistani-partiet. Han satt i tyrkisk fengsel i to år og ble torturert. UDI avslo til tross for at advokaten anførte at hans klient var i statens søkelys. UNE anvendte følgende standard for å etablere sammenhengen mellom politisk mening og forfølgelse, som forutsatte et visst nivå av engasjement:

“Når det gjelder ‘politisk oppfatning’ mener nemnda at klageren ut fra det som foreligger av opplysninger ikke har sannsynliggjort at han har utøvet politisk virksomhet i en slik grad at han på grunn av slik aktivitet har grunn til å frykte forfølgelse.”

Til tross for dette uttalte nemndas flertall at han kunne frykte forføl-

gelse fra islamister og at han ikke hadde noe internfluktalternativ, og innvilget defror asyl. Mindretallet var uenige, i og med at den gikk ut fra det eksisterte et internt fluktalternativ, og at han derfor i beste fall kunne få humanitær beskyttelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn på grunn av helseproblemene som stammet fra tidligere tortur. Mindretallets syn står i motsetning til grunnleggende beskyttelsesprinsipper relatert til politisk mening og rollen som en tidligere forfølgelse spiller i forbindelse med fremtidig risiko, så vel som et unntak til opphørsklausulen.

- Sak GI handlet om en mann som var en del av G 13. Han var ansvarlig for Berlin Manifesto, som ville ha demokratiske reformer i Eritrea. Han ble ansett for å ha en høy profil som gjorde at han risikerte vilkårlig arrestasjon. Han viste en høy grad av troverdighet og ble derfor innvilget asyl.
- I sak BM støttet søkeren Al-Dawa-partiet i Irak og ble beskyldt for å ha delt ut hefter. Han ble beskyldt for å ha hjulpet Iran, og ble som følge av dette torturert og dømt til livsvarig fengsel. I 1991 fikk han amnesti men ble arrestert igjen i 1995-97. Han fryktet at han ville bli drept ved retur. UDI viste en god analyse ved å la tvilen komme ham til gode, men uttalte at han burde betraktes som å være ”i søkelyset”, og mente at regjeringen trodde han var politisk aktiv, noe han ikke var. Han ble innvilget asyl.
- Sak GE involverte en mann fra Etiopia som ble utsatt for tortur, vilkårlig arrestasjon og krenkelse av privatlivets fred på grunn av sitt engasjement i Tigray People’s Liberation Front og Relief Society of Tigray. Han ble innvilget asyl basert på synspunktet om at ”*Søkers posisjon som tidligere sentralt medlem av TPLF og medlem av REST, tilsier etter min mening at han vil være mye mer interessant for myndighetene enn en vanlig student som deltok i demonstrasjonene.*” Han ble videre ansett for å være meget troverdig. Dette står i motsetning til sak GK, som handlet om en mann som påsto at han støttet G 13 som arbeidet for demokratiske reformer i Eritrea. Mannen ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl på bakgrunn av at han ikke var i søkelyset. Han ble imidlertid ansett som troverdig og hadde opplevd krenkelser av privatlivets fred og fryktet for sitt liv.
- Sak GQ var en kvinnelig forfatter som skrev om kvinners rettigheter i Iran, noe som medførte vilkårlig anholdelse og krenkelse av hennes rettigheter til omgang, meningsfrihet, og personlig sikkerhet, som resulterte i innvilgelse av asyl, delvis på grunn av hennes høye tro-

verdighet. Sak GR omhandlet en menneskerettighetsadvokat fra Sudan som fikk asyl fordi han skrev artikler som rettet kritikk mot regjeringen.

Fokuset på ”søkelyset” fremmer derfor en elitisk tilnærming til beskyttelse som står i motsetning til prinsipper om ikke-diskriminering og likhet for loven. Einarsen kommenterer at tendensen til å fokusere på søkerens evne til å bevise et høyere nivå av forfølgelse enn andre personer som var i søkelyset ofte ender med en nedgradering av beskyttelse til “sterke menneskelig hensyn”. Faktisk sier han at de fleste “gråsoner” får en lignende nedgradering til en tillatelse med bakgrunn i sterke menneskelige hensyn.¹¹⁴

Henvisningen til søkelys-tilnærmingen er utledet fra Fisknes’ tolkning av loven:

“Vedkommende må befinne seg i myndighetenes søkelys på grunn av sin aktivitet. En beskjeden politisk aktivitet, som for eksempel deltakelse i noen få demonstrasjoner, vil som regel ikke være nok til å sannsynliggjøre at det er grunn til å frykte forfølgelse rettet mot denne bestemte personen ved en eventuell retur. Unnlatelse av å møte til ordinær førstegangstjeneste eller repetisjonsøvelse gir normalt heller ikke grunnlag for verken asyl eller opphold på humanitært grunnlag. Opphold på humanitært grunnlag blir imidlertid innrømmet i noen tilfeller der militærnektelse/desertører risikerer strenge straffer.”¹¹⁵

Denne uttalelsen understreker måter å ekskludere beskyttelse på, istedenfor å fremheve inklusjonskategoriene. For å være fullstendig bør det også være en drøftelse av tilfeller hvor deltagelse i protester fører til en risiko for forfølgelse. Dette var åpenbart i gjennomgangen av saker fra Hviterussland som handlet om deltagere i protestmarsj mot regjeringen. Tendensen var å avslå asyl eller humanitær beskyttelse, grunnet ideen om at utfallet av slik borgerlig aksjon neppe kunne være forfølgelse. Det er viktig å forklare at følgene av deltagelse i protestaksjoner, slik som arrestasjon,

¹¹⁴ Einarsen, Flyktingers rettsstilling i Norge, 58 (Fagbokforlaget 1997). Se også Terje Einarsen, Retten til vern som flyktning 409-412 (Cicero 2000) hvor han kritiserer bruken av ”søkelyset”-perspektivet som oppmuntrer risikoen for en analyse som står i motsetning til Konvensjonen.

¹¹⁵ Eli Fisknes, Utlendingsloven Kommentartutgaven, 180 (Universitetsforlaget 1994).

anholdelse, trusler, overfall osv. faktisk kan være forfølgelse, utført både av statlige og ikke-statlige aktører. Derfor kan undersøkelse av fakta og be-
 kreftelse fra andre kilder, slik som for eksempel menneskerettighetsrapporter, hjelpe saksbehandleren med å innvilge asyl eller humanitær beskyttelse
 hvor dette er nødvendig. UNE bruker interne landrapporter til å utføre risi-
 kovurderinger. Det er derfor viktig at disse rapportene blir gitt til advokaten
 slik at han eller hun kan verifisere om risikovurderingen er riktig i den en-
 kelte sak.

- I UNE-saken BO var søkeren medlem av en politisk opposisjons-
 gruppe i Hviterussland som distribuerte informasjon, organiserte
 streiker og deltok i demonstrasjoner. Hun anførte å være lederen i en
 lokal avdeling av partiet. Hun ble arrestert og slått gjentatte ganger, i
 tillegg til å bli dømt til fem års fengsel. UDI avslo søknaden og ut-
 talte at hun ikke hadde en høy nok stilling i partiet til å begrunne be-
 skyttelse i form av asyl, og uttalte i tillegg at *“Søkeren har ikke ut-
 vist politisk aktivitet av en slik art eller slikt omfang at det kan gi
 grunn til å frykte forfølgelse”*. Nemndas flertall konkluderte med at
 bare høytstående medlemmer av partier ble forfulgt, og i alle tilfelle
 varte hennes fengselsopphold bare en kortere periode. Mindretallet
 var uenig, og mente det var risiko for forfølgelse. Nemnda vurderte
 innvilgelse av humanitær beskyttelse, og bemerket: *“Innvilgelse av
 oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen kan skje hvor riskikoen
 for å bli forfulgt ved retur anses som så liten at vilkår for asyl ikke
 er oppfylt, men hvor det likevel gjør seg gjeldende noe tvil”*, som
 demonstrerer at det er mer sannsynlig at tvilsaker blir innvilget hu-
 manitær beskyttelse enn asyl. Drøftelsen kategoriserer spørsmål som
 er relevante bare for spørsmål vedrørende humanitær beskyttelse:

*“Selv om nemnda ikke har funnet at vilkårene for asyl er oppfylt kan
 det etter nemndas oppfatning være en viss fare for at hun vil bli ut-
 satt for forfølgelse ved retur. Det vises i denne sammenheng til at
 klageren har vært aktiv i forbindelse med informasjon om demokra-
 tiske rettigheter og i kampen for disse, at hun positivt har fått med
 seg sine venner og familie i demonstrasjoner og andre markeringer.
 Det kan ut fra de forklaringer som er gitt synes som om de reaksjo-
 nene hun har blitt utsatt for i hjemlandet har blitt noe forsterket etter
 hvert. Det er usikkerhet omkring den politiske utviklingen i Hvite-
 russland, og opposisjonell aktivitet blir overvåket. Etter nemndas
 oppfatning må det legges til grunn at klagerens virksomhet er kjent
 av myndighetene i hennes by. Forholdene omkring det forestående
 valget gjør situasjonen enda mer usikker. Det er på denne bakgrunn*

en risiko for at myndighetene retter søkelyset mot klager dersom hun returnerer og at hun vil kunne bli utsatt for forfølgelse.”

”Etter nemndas oppfatning er det på denne bakgrunn rom for tvil når det gjelder om klageren vil bli utsatt for forfølgelse ved retur til Hviterussland, og nemnda har kommet til at klageren må innvilges oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 15 (1)(1) jf § 8 (2), utlendingsforskriftens § 21”.

Dette er en tvilen-til-gode-sak som burde ha vært innvilget asyl men som endte opp med humanitær beskyttelse på grunn av en lavere bevisstandard.

- UNE-sak BP handlet om en kvinnelig søker fra Hviterussland som ledet en fagforening, deltok i og ledet møter og streiker, delte ut hefter, og ble slått for sin deltagelse i en marsj. UNE uttalte at volden var vilkårlig, og ikke rettet mot individet. Det er ingen drøftelse om utpeking av samtlige – basert på hennes politiske mening / sosial gruppe.

6.2.3 Tillagt politisk mening

Et annet spørsmål er det lave nivået på anerkjennelse av tillagt politisk mening. Forfølgere kan utpeke individer basert på en feilaktig antagelse om at personen har en politisk mening, til tross for at dette ikke er tilfelle. Ofte er slike antagelser tillagt familiemedlemmer, kollegaer og venner av personer som er kjent for å ha slike meninger. Det kan derfor være en overlapping mellom tillagt politisk mening og sosial gruppe. På lignende måte kan personer bli forfulgt for sine nøytrale standpunkter, fordi forfølgeren feilaktig tolker det nøytrale standpunktet som en konkret avvisning av støtte for hans/hennes stilling eller som en form for støtte til opposisjonen.¹¹⁶

- I Sak BQ ble søkeren fra Eritrea vilkårlig anholdt i ett år fordi hennes far forlot politiet og sluttet seg til frihetskjempergruppen Eritran

¹¹⁶ Se *Turcios v. INS*, 821 F. 2nd 1396 (9th Cir. 1987 (USA)) hvor søkeren ikke var på noens side i Salvadorkonflikten, men han ble arrestert og torturert etter å ha blitt observert i snakk med en venstre-tilhenger.

Liberation Front (ELF). Hennes advokat anførte at søkeren selv delte ut brosjyrer og spredte informasjon om ELF. UDI uttalte at :

“Direktoratet mener at søkeren i hjemlandet ikke har vært utsatt for reaksjoner fra myndighetenes side som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Søkers anførsel om at hennes familie er etterlyst på grunn av farens aktivitet danner ikke grunnlag for asyl.”

Denne saken viste en mangel på forståelse av alvoret i vilkårlig anholdelse eller av ideen om tillagt politisk mening. Saksbehandleren retter kritikk mot søkerens manglende detaljkunnskaper om fengslingen, og er av den oppfatning at staten antakelig er uvitende om hennes politiske meninger, under forutsetning av at hun ikke har gitt muntlig uttrykk for dem (for derved å ignorere det utvidede aspektet for uttrykk gjennom informasjonsspredning). Sakene avdekker motstridende praksis med hensyn til tillagt politisk mening.

- I sak BN var søkerens far en iman som arbeidet sammen med Al Dawa –partiet i Irak, som motsatte seg regimet. Selv om søkeren selv aldri var politisk aktiv ble han fengslet to ganger. Den ene arrestasjonen skyldtes en hendelse i forbindelse med morens sykdom. Da legen aldri kom for å hjelpe henne løp faren ut i gatene og skrek på hjelp. Politiet ankom og fant islamske bøker etter gjennom søking av huset. Søkeren ble mistenkt for å arbeide for motpartiet. Han ble holdt arrestert i syv år, mishandlet og tvunget til å sitte på enecelle i ett år. Han led av post-traumatiske forstyrrelser. UDI presenterte en meget god analyse av tillagt politisk aktivitet. Selv om det var hull i forklaringen, senker saksbehandleren bevisbyrden og lar tvilen komme søker til gode for å innvilge asyl.
- Man kan sammenligne med en sak FW, som omhandlet en kvinne fra Etiopia som gjentatte ganger ble voldtatt mellom 1994 og 2001 på grunn av hennes fars forbindelse med OLD. Hun ble innvilget asyl på bakgrunn av at alvorlighetsgraden av både forfølgelsen og tilstedeværelsen av tillagt politisk mening ble lagt til grunn. Forholdet ble innvilget asyl kun etter at annenhåndsbehandleren korrigerer saksbehandlerens gale oppfatning om at søkerens manglende politiske aktivitet er en garanti for fravær av forfølgelse.
- I sak BR ble en kurdisk søker innvilget humanitær beskyttelse, men fikk avslag på asyl fordi saksbehandlerne ikke anså henne for å være politisk aktiv. Søkerens mann var medlem av den politiske opposisjonen, (Hizb al-Moraade al Iraqi og Iraqi National Congress) og

hun ble tvunget til å dele ut hefter for organisasjonen. Hennes mann ble arrestert, et partimedlem ble henrettet og hun ble ettersøkt av sikkerhetspolitiet. Hun fryktet henrettelse ved retur. Avgjørelsen viser en ufullstendig analyse:

“Direktoratet mener at søkeren ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at hun ved retur til hjemlandet står i fare for å bli utsatt for reaksjoner som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand.

Direktoratet viser til at søkerens politiske aktivitet og posisjon etter det opplyste ikke har vært av en slik karakter som skulle tilsi at hun var av spesiell interesse for irakiske myndigheter.

Utlendingsdirektoratet har i sin vurdering lagt vekt på at søkeren ikke har vært politisk aktiv eller utvist handlinger som kan karakteriseres som regimekritiske i forhold til irakiske myndigheter.”

Søkeren burde ha vært vurdert under politisk mening-kategorien på grunn av hennes manns forbindelse og muligheten for at den kan bli tillagt også henne i tillegg til hennes egen aktivitet, som er klassiske eksempler på uttrykk for politisk mening. Analysen var ufullstendig. Man kan eksempelvis sammenligne med saker fra USA. Rios-saken gjaldt en kvinne og hennes sønn fra Guatemala som ble forfulgt på grunn av mannens og brorens forbindelse til det militære og anti-gerilja aktiviteter.¹¹⁷ Herr Rios ble bortført og drept av geriljaen. Fru Rios ble kidnappet og vilkårlig anholdt, og fikk senere sin hånd kappet av. Hun ble også truet over telefonen etter løslatelsen. Sønnen rømte fra et kidnappingsforsøk. Retten fremhevet standarden for å forklare, enten ved direkte bevis eller indisier, at søkerne hadde eller at forfølgerne trodde at de hadde en politisk mening, og at de ble forfulgt på grunn av dette.¹¹⁸ Den siterte sin presedens og bekreftet at “forfølgelse på grunn av anti-gerilja sympatier, uttalelser, og aktiviteter utgjør for-

¹¹⁷ Rios & Rios v. Ashcroft, Attorney General, 287 F. 3rd 895 (2002).

¹¹⁸ Retten bemerket også at den fant at forfølgelse hadde funnet sted på grunn av politisk mening hvor det ikke syntes å være noen annen logisk grunn for forfølgelsen. Ernesto Navas, 217 F. 3rd 646, 657 (9th Cir. 2000) hvor politiet slo og truet ektefellen av en kjent dissident. I fraværet av bevis som peker mot et annet motiv er det logisk å konkludere med at de gjorde det på grunn av ektefellens antatte skyld ved tiknytning. Sett med forfølgerens øyne vil aktivistens politiske synder derved også avledes til å være ektefellens.

følgelse på grunnlag av politisk mening; I en annen sak forfulgte Shining Path søkeren fordi de tilla henne sin manns politiske meninger – han var involvert med det peruvianske politiets kontraundergravningsbevegelse “Selv om Meza-Manay ikke hadde noen personlige politiske meninger mot Shining Path, var hun fortsatt berettiget til asyl på grunn av Shining Paths forfølgelse av henne basert på tillagt politisk mening.”¹¹⁹ (Mishandlingen omfattet forsøk på kidnapping, bombeangrep, telefoniske trusler, og bortføring og henrettelse av en slektning).¹²⁰ I Rios & Rios-sakene ble det funnet at søkerne ble oppfattet av geriljaene som å være ... politiske motstandere ” og var utpekte ”mål” for geriljaens voldsutøvelse. Retten la videre til grunn at immigrasjons- og nasjonaliseringstjenesten unnlot å motbevise formodningen tilstrekkelig for å vise at det eksisterte en trussel om fremtidig forfølgelse på grunn av at tilstanden ikke hadde endret seg i landet.

- I sak BS, som handlet om en kurder fra Irak, unnlot UDI å vurdere brorens tillagte politiske kommentarer mot det Kurdiske arbeiderparti (PKK), som ble publisert i avisen. PKK gjennomførte søkerens hjem for å finne broren, kastet stein på huset, slo av strømforsyningen, satt sprengstoff på veggen og sendte en bombe i posten til huset hans (begge bombene ble detonert av PUK). De mishandlet familien hans og kjørte over ham med bil som gjorde at han fikk så store skader at han måtte på sykehuset. UDI invilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl med bemerkninger om troverdighet og brukte det grunnleggende synspunkt om at handlingene var av kriminell karakter, og derfor ikke representerte forfølgelse. Det ble videre fremholdt at PUK hadde evne til å gi beskyttelse og indikerte derved at det ikke var risiko for skade:

“Direktoratet mener at søkeren ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at han ved retur til sitt hjemland står i fare for å bli utsatt for reaksjoner som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Søkeren har ikke utvist politisk aktivitet av

¹¹⁹ Manay v. INS. 139 F. 3rd 759, 764 (9th Cir. 1998).

¹²⁰ Se også Ventura v. INS. 264 F 3rd 1150 (9th Cir. 2001) som konstaterte forfølgelse på grunn av politisk mening hvor geriljaene sendte trusselbrev fordi de trodde han hadde anti-gerilja sympatier og angrep og drepte slektningene hans på grunn av dette. Se også Del Carmen Molina v. INS, 170 F. 3rd 1247 (9th Cir. 1999) som konstaterte forfølgelse på grunn av politisk mening. Geriljaene sendte trusselbrev og drepte slektninger med militære tilknytninger.

en slik art eller i et slikt omfang at det kan gi grunn til å frykte forfølgelse.

Direktoratet har videre vurdert søkerens opplysninger om at han skal ha blitt kjørt ned av PKK-tilhengere på motorsykkel. Direktoratet mener at dette kan karakteriseres som en kriminell handling som bør anmeldes til myndighetene i området, og at dette forhold ikke kan regnes som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. I dette tilfellet legger direktoratet også til grunn at PUK har evne og vilje til å gi søkeren beskyttelse”

Fordi søkeren var mindreårig uten ledsager med to brødre i Norge, ble han innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn. Denne saken burde imidlertid ha fått en mer grundig drøftelse om tillagt politisk mening og sosial gruppe.

- I sak BT var søkeren fra Sudan. Hennes mann hadde forsvunnet på grunn av sine politiske aktiviteter. Selv om hun påsto å ha blitt arrestert, pisket og voldtatt på grunn av påstått identifikasjon med hennes manns synspunkter, anbefalte UDI humanitær beskyttelse istedenfor asyl på grunn av hennes lave troverdighetsnivå.
- I motsetning til dette, se sak GS som handlet om en mann fra Hviterussland som ble utsatt for vilkårlig arrest, anklagelser i forfølgelseøyemed, og krenkelse av personlig sikkerhet på grunn av morens politiske aktiviteter. Han ble innvilget asyl.
- I sak AK ble søkerens bror drept av islamister i Algerie. Han ble medlem av en organisasjon som representerte familiemedlemmer til terrorofre. Istedenfor å anerkjenne forfølgelse på grunn av politisk mening eller sosial gruppe, uttaler saksbehandleren at dette ikke var noen politisk aktivitet. Det ble imidlertid sagt at staten ikke kunne oppfylle sin beskyttelsesrolle. UDI tvilte på søkers troverdighet, men uttalte at dette ikke var vesentlig. Tvilen kom derfor søker til gode og han ble innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn etter 15-måneders-regelen, istedenfor asyl.
- I sak AH ble ikke søkeren fra Afghanistan (medlem av hazarafolket) anerkjent som et potensielt offer for forfølgelse på grunn av tillagt politisk mening, til tross for at faren og broren var medlemmer i Wadat-partiet, som førte til brorens forsvinning. UDI henviste til en dansk rapport som bekrefter forsvinning og arrest av hazarafolk i nevnte område. Søkeren ble gitt humanitær beskyttelse iste-

denfor asyl, som delvis kan skyldes tvil om hans troverdighet på grunn av uoverensstemmelser i hans forklaring.

- I sak BW innvilget UDI humanitær beskyttelse til en mindreårig, foreldreløs søker basert på sterke menneskelige hensyn, og avdekket dermed bruk av moralske prinsipper for å utvide beskyttelse. Dette kunne imidlertid ha vært vurdert som asyl under sosial gruppe og/eller politiske beskyttelseskategorier, på grunn av farens sympatier med den politiske opposisjonsgruppen, Oromo Liberation Front (OLF) i Etiopia. Saksbehandleren fullførte ikke en slik analyse, og søkeren ble innvilget en lavere beskyttelseskategori. Merkelig nok uttaler saksbehandleren at asyl ikke kan innvilges fordi søkeren mangler en ledsager – dette synes å være i strid med CRC art. 22 som skal sikre at barn som søker flyktningsstatus, enten de kommer alene eller er ledsaget av voksne, får behørig beskyttelse og humanitær hjelp i utøvelsen av rettighetene i CRC og i andre menneskerettighetsinstrumenter.
- I motsetning til foregående sak; i sak GC, som handlet om en mann fra Iran som ble kastet ut av huset sitt på grunn av familiens politiske engasjement, påberopte UDI retningslinjene fra 1998, og senket bevisbyrden for å innvilge asyl, basert på trusselen om forfølgelse på grunn av ”tillagt politisk mening.”

For å gi en helhetlig oversikt over beskyttelsesspørsmålene tar jeg med henvisninger til kjønnsanalyse her (som for øvrig er fullstendig drøftet i rapporten om Implementering av et kjønnsperspektiv innen norsk asyllov):

- I sak CC ble en kvinne fra Algerie som nektet å rette seg etter islamsk skikk angående antrekk, sminke og skilsmisse overfalt og mottok dødstrusler. Hun sluttet å arbeide på grunn av truslene. UDI avgjorde at “*Videre bemerkes at selv om hun har forklart at hun har fått drapstrusler, har hun ikke blitt utsatt for overgrep som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand verken fra myndighetene eller fra fundamentalistene.*” UDI utførte ikke en kumulativ analyse, og unnlot å vurdere behandlingen hun fikk på grunn av sin status som skilt og for sin vestlige måte å kle seg på, som forfølgelse. Selv om hun led av depresjon ble dette ikke ansett som bevis på tidligere forfølgelse. Det var ingen drøftelse om den politiske og sosiale virkning av hennes valg, heller ikke var det en tilstrekkelig analyse av forfølgelse utført av ikke-statlige aktører og mangel på rettsmidler. Advokaten påsto at hun ble aktiv i kvinnebe-

vegelsen, noe som ble avvist på grunn av manglende detaljer og sen søknad. Selv om supervisoren rådet saksbehandleren å kontrollere UNHCR's kjønnsretningslinjer, innvilget UDI kun humanitær beskyttelse istedenfor asyl.

- I sakene CD og CE fryktet to kvinnelige søkere forfølgelse både fra Sri-Lanka og samfunnet fordi de laget mat til Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE). Selv om UDI innvilget dem tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn (den første på grunn av sin tilknytning til Norge og sine psykiske problemer, og den andre på grunn av status som mindreårig uten ledsager i Sri Lanka), passet deres handlinger inn i en politisk kategori, som kunne ført til innvilgelse av asyl. Disse sakene omfattet intervensjon i hjemmet, krenkelse av den fysiske integritet, og bevis på psykologiske traumer. I sistnevnte sak uttaler faktisk UDI at søkeren ikke var politisk aktiv, som viste en innskrenkende tolkning av politisk mening. Dette spørsmålet er ikke kjønns spesifikt fordi menn også kan delta i indirekte aksjoner koblet til politisk mening. Se sak GP som handlet om en mann fra Iran som forsynte Komala-bevegelsen med publikasjoner, mat og medisiner. Han ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Disse avgjørelsene stemmer med den standardiserte teksten for Sri Lanka i UDIs konseptavhandling:

“Det vises til at sri-lankiske myndigheter er kjent med at befolkningen i LTTE-kontrollerte områder frivillig eller tvunget i stor grad har bistått LTTE med matlaging, pleie av sårede, graving av skyttergraver samt annet arbeid. En slik bistand til LTTE har ikke medført reaksjoner fra myndighetenes side som kan karakteriseres som forfølgelse i loven og flyktningkonvensjonens forstand.”

- I sak CF fryktet kona til et medlem av Tamil Ealam Liberation Organization (TELO) i Sri Lanka forfølgelse fra LTTE. Hun kunne ha fått asyl under begrepet ”tillagt politisk mening” eller ”sosial gruppe”. Slik vurdering var imidlertid ikke gjort, og hun ble innvilget tillatelse etter sterke menneskelige hensyn på grunn av sine psykiske problemer, delvis også på grunn av tvil om troverdighet / sannsynligheten av hendelsene. UDI tok ikke tilstrekkelig hensyn til psykologens evaluering og gjorde en negativ analogislutning fordi hun krysset LTTE-territoriet, med antagelsen om at dersom hun virkelig var utsatt for forfølgelse ville hun aldri ha krysset territoriet. Søkeren sa at hun ikke hadde annet valg enn å krysse området.
- På lignende måte, i sak CG påsto den kongolesiske søkeren å ha blitt voldtatt (sammen med bestemoren sin som til slutt døde av indre

skader etter en annen voldtekt) av en Tutsi på grunn av sin Hutu-etnisitet og farens politiske aktivitet på vegne av Hutu'ene. UDI unnlot å drøfte tillagt politisk mening, om handlingen kunne oppfattes som bevis på fremtidig risiko for forfølgelse, eller mulig anvendelse av unntaket til opphørsklausulen. UDI innvilget humanitær beskyttelse men avslø asyl, med bemerkningen om det interne fluktalternativet til et Hutu-kontrollert område:

“Søkers anførsel om at hun er utsatt for overgrep fra tutsi-grupper, danner ikke grunnlag for asyl. Det vises til at dette kan anses for å være en individuelt rettet forfølgelse av søker. Søkers frykt for å bli et tilfeldig offer for stridighetene i den nordøstlige delen av hjemlandet, faller utenfor forfølgelsesbegrepet i konvensjonen.”

- I sak FN ble søkeren kastet ut av hjemmet sitt og arrestert mens faren ble drept fordi han støttet LTTE. UNE avslø og bemerket at det ikke var noen risiko for forfølgelse, men denne saken ville ha for tjent en mer fullstendig drøftelse av tillagt politisk mening.
- I sak CH deltok søkeren i demonstrasjoner for gjenåpning av skoler i Afghanistan, hun ble slått, pisket og trakassert. Hun var også medlem av kommunistpartiet. Til tross for hennes politiske meninger og aksjoner, så vel som straffen hun gjennomgikk for dette, avgjorde UDI at hun ikke hadde en høy nok stilling til å være utsatt, og at deltagelse i protester i seg selv ikke var nok til å oppfylle standardene for beskyttelse. Denne avgjørelsen avdekket mangel på forståelse av begrepet ”politisk mening”, og gjenspeiler spesielt en elitisk tilbøyelighet som særlig påvirker kvinner, som sjelden har ”toppstillinger” i politiske lederskap i Afghanistan.

I andre saker er søkere innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl til tross for identifikasjon av en relevant beskyttelseskategori.

- Sak CI omhandlet en kvinne fra Sudan som var engasjert i kristent misjonærarbeid, og som påsto å besitte en video som viste kriminelle handlinger utført av myndighetene (potensiell kombinasjon av kategoriene religion-, og politisk mening). Hun påsto at hun hadde blitt arrestert, voldtatt og mishandlet. Politiet ransaket huset hennes og fant alkohol og videofilmen som avdekket statens engasjement i slavehandel. Saksbehandleren tvilte på hennes troverdighet på grunn av motstridende uttalelser. Avgjørelsen ble basert på at straffen som søker hadde fått skyldtes alkoholen som ble funnet i huset, snarere enn hennes religiøse/politiske aktiviteter. (Spørsmålet om straffens vilkårlige og vidtgående karakter ble dermed bagatellisert). Vurde-

ringen synes å være overfladisk, både med tanke på forfølgelsesstandard og beskyttelseskategoriene. Søkeren ble innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn etter 15-månedersregelen.

Anbefaling:

- *Det er anbefales at kommentaren til loven bør inneholde kriterier for vurdering av tillagt politisk mening. Det er ikke et krav om at søkeren faktisk har slike meninger, kun at han eller hun oppfattes å ha slike meninger, heller ikke er det et krav at søkeren har gitt offentlig uttrykk for sin mening.*

Kommentaren bør videre ha en spesifikk henvisning til ICCPR art. 19 for å vise omfanget av politisk mening, både i passiv og aktiv forstand (sistnevnte inkluderer kulturelle elementer av tale så vel som valg for transnasjonal kommunikasjon. Dette er viktig i de tilfeller hvor budbringere blir utsatt for forfølgelse, også for personer som engasjerer seg i kunstneriske fremstillinger):

- 1. Enhver skal ha rett til meningsfrihet uten inngrep.*
- 2. Enhver skal ha rett til ytringsfrihet; denne rett omfatter frihet til å søke, motta og meddele opplysninger og tanker av alle slag, uten hensyn til landegrenser, enten i muntlig, skriftlig eller trykt form, eller ved kunstneriske eller andre uttrykksmidler etter eget valg.*
- 3. Utøvelsen av de rettigheter som er fastsatt i denne artikkels paragraf 2 medfører særlige forpliktelser og et særlig ansvar. Den kan derfor gjøres til gjenstand for visse begrensninger, som dog må være fastsatt ved lov, og være nødvendige av hensyn til:*
 - a. Respekten for andres rettigheter eller omdømme.*
 - b. Beskyttelsen av den nasjonale sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), eller den offentlige helse eller moral.*

Man kan også trekke forbindelser til organisering og omgang, gitt at uttrykk for politiske meninger og krav ofte er presentert via felles demonstrasjoner, som igjen kan føre til anklager og forfølgelse utført av staten eller andre, ikke-statlige aktører.

CCPR artikkel 21:

Retten til fredelige sammenkomster skal anerkjennes. Utøvelsen av denne rett skal ikke være underkastet andre begrensninger enn slike som er fastsatt i samsvar med loven og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale eller offentlige sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), til beskyttelse av den offentlige helse eller moral eller beskyttelse av andres rettigheter og friheter.

CCPR artikkel 22:

1. Enhver skal ha rett til foreningsfrihet, heri innbefattet retten til å danne og slutte seg til fagforeninger til beskyttelse av egne interesser.

2. Utøvelsen av denne rettighet skal ikke være underkastet andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov, og som er nødvendige i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale eller offentlige sikkerhet, den alminnelige samfunnsorden (ordre public), til beskyttelse av den offentlige helse eller moral eller beskyttelse av andres rettigheter og friheter. Denne artikkel skal ikke være til hinder for at det for medlemmer av de væpnete styrker og politiet gjøres lovlige begrensninger i utøvelsen av denne rettighet.

3. Intet i denne artikkel skal gi stater som er parter til Den internasjonale arbeiderorganisasjons konvensjon av 1948 om foreningsfrihet og vern av organisasjonsretten adgang til å treffe lovgivningstiltak eller anvende loven på en måte som innebærer inngrep i de garantier som er fastsatt i den nevnte konvensjon.

6.3 Rase, nasjonalitet og religion

Forfølgelse på grunnlag av rase og/eller nasjonalitet var vanlig i saker fra Balkan, Russland og Afrika. Generelt synes det ikke å være noe problem å identifisere kategoriene. Disse beskyttelseskategoriene var imidlertid ikke så ofte brukt som politisk mening. Dette kan delvis skyldes forvirring om definisjonen av kategorien (dvs. om rase omfatter etnisitet?), preferanse for

politisk kategori når rase eller nasjonalitetsspørsmål står sammen med politiske meninger, eller tilbakeholdenhet med å anerkjenne etnisk vold/konflikt som forfølgelse koblet til en beskyttelsesgrunn, istedenfor å kalle det kriminelle handlinger. Med hensyn til debatten om å erstatte "rase"-kategorien med "etnisk opprinnelse", dvs. i samsvar med den estoniske Lov om flyktninger og den slovakiske republikkens Lov om Asyl, behøver ikke dette være nødvendig dersom kommentaren til loven eller retningslinjene blir endret for å koble kategorien spesifikt til definisjonen av rase i CERD art. 1:

"I denne konvensjon betyr uttrykket "rasediskriminering" enhver forskjellsbehandling, utelukkelse, innskrenking eller begunstigelse på grunn av rase, hudfarge, avstamning eller nasjonal eller etnisk opprinnelse, hvis formål eller virkning er å oppheve eller begrense anerkjennelse av, nytelsen eller utøvelsen på lik fot av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle eller hvilket som helst annet område av det offentlige liv."

Dette utvider tolkningen av rase til å omfatte etnisitet, og påkaller en direkte og helhetlig analyse av menneskerettigheter, inkludert sivile og politiske så vel som sosio-økonomiske rettigheter. I sakene tilfredsstilte de diskriminerende handlinger sjelden terskelen for forfølgelse (se avsnitt 5 om forfølgelse). Henvisning til CERD kan hjelpe saksbehandlere med å inkorporere slike helhetlige tilnærminger. KRD's foreslåtte forskrifter erstatter imidlertid rase med etnisitet.

I forhold til den andre faktoren om samlede beskyttelseskategorier, er de politiske partiene i mange afrikanske land som gjennomgår konflikter om adgang til makt og ressurs-kontroll ofte tilknyttet stammer. På lignende måte kan innfødte i Latin-amerika være undertrykket av andre etniske grupper som kontrollerer både makt og eiendom, og partier eller organisasjoner kan være koblet til slike etniske identiteter. Saksbehandlere bør unngå å velge en kategori til vurdering når flere kategorier er gyldige; Ved å utføre en analyse under både rase og politisk mening kan det være mulig å identifisere de elementer som er nødvendige for å oppfylle definisjonen i 1951-konvensjonen.

Med hensyn til nasjonalitet kan det foreligge en misforståelse om at nasjonalitet er lik statsborgerskap. Begrepet nasjonalitet innenfor flyktningelovgivningen anvendes teoretisk sett på identiteter lenket til språk,

kultur og tradisjon – en kombinasjon av eksterne og interne faktorer. Man kan også henviser til CCPR artikkel 27:

“I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.”

Når det gjelder religion inneholder CCPR en standard om overbevisning i artikkel 18:

- ” 1. Enhver skal ha rett til tankefrihet, samvittighetsfrihet og religionsfrihet. Denne rett skal omfatte frihet til å bekjenne seg til eller anta en religion eller tro etter eget valg, og frihet til alene eller sammen med andre, offentlige eller private, å utøve sin religion eller tro gjennom gudstjeneste, iakttagelse av religiøse skikker, andaktsøvelser og undervisning.*
- 2. Ingen må utsettes for tvang som vil kunne innskrenke hans frihet til å bekjenne seg til eller å anta en religion eller tro etter eget valg.*
- 3. Friheten til å utøve en religion eller tro skal ikke være gjenstand for andre begrensninger enn slike som er foreskrevet i lov og som er nødvendig for å beskytte den offentlige sikkerhet, orden, helse eller moral, eller andres grunnleggende rettigheter og friheter.*
- 4. Konvensjonspartene forplikter seg til å respektere foreldres, og i tilfelle vergers, frihet til å sørge for sine barns religiøse og moralske oppdragelse i samsvar med deres egen overbevisning.*

Saksbehandlerne ga uttrykk for en del bekymring over at praksis kunne virke diskriminerende overfor personer som konverterer til en religion, i motsetning til personer som har beholdt en familiær religiøs identitet. Det kunne anses som mindre sannsynlig at man ville oppnå beskyttelse på førstnevnte grunnlag. Andre saksbehandlere anførte at dette mest sannsynlig skyldtes spørsmål om troverdighet. Vi ble ikke gitt tilstrekkelig med saker til å undersøke dette, og anbefaler at dette temaet blir drøftet i en særskilt undersøkelse senere.

Anbefaling:

- *Loven, FN's erklæring om minoriteters rettigheter, og CCPR art. 27 når det gjelder enten nasjonalitet eller rase og CCPR art. 18 når det gjelder religion bør endres til å omfatte en kryss-henvisning til CERD når rase blir drøftet (alternativt kan rase erstattes med "etnisitet"). Videre bør saksbehandlerne minnes om at mange saker kan innebære krysningsanalyse av forskjellige beskyttelseskategorier¹²¹.*

6.4 Militærnekttere

Et av de mest fascinerende spørsmål som jeg kom over under gjennomgåelsen av sakene var de som handlet om militærnekttere og de som forsøker å unngå innkallelse til militærtjeneste. Avhengig av faktum faller dette spørsmålet under politisk mening, rase, religion, osv. Grunnene for mili-

¹²¹ Se James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 141 (Butterworths 1991) "Muligheten for overlapping mellom rase og andre spesifiserte faktorer slik som religion, nasjonalitet, og medlemskap i en bestemt sosial gruppe er klar, men representerer inget reelt problem fordi søknadene kan være basert på en eller en kombinasjon av former for tap av sivile eller politiske rettigheter." Se også UNHCR Håndbok om prosedyrer og kriterier for å avgjøre flyktingestatus under 1951-konvensjon og 1967-protokoll angående Flyktingestatus (Geneve 1992) avsn. 66-67:

"For å kunne bli betraktet som flykting må en person vise at han har en velbegrunnet frykt for forfølgelse av en av grunnene nevnt ovenfor. Det er uvesentlig hvorvidt forfølgelsen er som følge av en av disse grunnene, eller av en kombinasjon av to eller flere av dem. Ofte er søkeren selv ikke klar over grunnene til forfølgelsen som han frykter. Det er imidlertid ikke hans plikt å analysere sin sak i en slik utstrekning at grunnen klarlegges i detalj.

Når saksbehandleren underøker sakens faktum, er det hans oppgave å fastslå grunnen eller grunnene til den fryktede forfølgelse og avgjøre hvorvidt definisjonen i 1951- konvensjonen kommer til anvendelse i så henseende. Det er åpenbart at de grunnene til forfølgelse som rommes av disse ulike rubrikkene ofte vil overlappe hverandre. Vanligvis vil det være mer enn ett element i en sak, for eksempel en politisk motstander som tilhører en religiøs eller nasjonal gruppe, eller begge, og kombinasjonen av slike grunner hos en person kan være relevant i vurderingen av hans velbegrunnede frykt."

tærneking er koblet til retten til samvittighetsfrihet, i ICCPR art. 18 og ECHR art.9. Både FN's Generalforsamling og Kommisjonen for menneskerettigheter har vedtatt resolusjoner som anmoder om innvilgelse av asyl til militærnekttere i samsvar med 1951-konvensjonen.¹²² I de undersøkte sakene ble det imidlertid ikke gitt asyl. Dette synes å være en mangel på forståelse for de relevante vurderingskriteriene. Med hensyn til militærnekttere og de som forsøker å unngå innkallelse, unnlater Fisknes' analyse å påpeke de saker hvor slike personer ville hatt en rett til beskyttelse. I saker hvor krigen er ansett for å være ulovlig av det internasjonale samfunn, blir eksempelvis minoriteter valgt til å utføre farlige oppdrag der militærtjeneste er diskriminerende og hvor søkeren er i god tro og hans overbevisning er avledet fra hans tro, som oftest tilknyttet religiøs identitet.¹²³ Dersom straffen for å ikke utføre militærtjenesten virkelig er for vidtgående, kan det innebære forfølgelse som fortjener asyl, ikke bare humanitær beskyttelse. Gjennomgåelsen av UDI- og UNE-sakene avdekker at fokuset ligger på straffenivåets proporsjonalitet. Resonnementet korresponderer likevel ikke alltid med asylsøknadene vedrørende statens eller geriljaens bruk av tvangsarbeid, plassering i bataljonene som blir sendt til fronten i høyrisiko-tjeneste, vilkårlig anholdelse, fysisk mishandling, og forhold som utgjør grusom og umenneskelig behandling i fengsler, se for eksempel saker fra Eritrea og Russland.¹²⁴ UDIs praksis vedrørende de som forsøker å unngå

¹²² FN Generalforsamling resolusjon 22/165 og FN's Kommisjon for menneskerettigheter resolusjon 1998/77.

¹²³ Se Fisknes, supra note 94. Goodwin Gill, Guy, *The Refugee in International Law*, 54-59 (Clarendon 1996) gir en oversikt over beskyttelsesstandarder for denne gruppen. Se også Emily N. Marcus, "Conscientious Objection as an Emerging Human Right" 38 Va. J. Intl. L. 507 (1998); D. Christopher Decker & Lucia Fresa, *The Status of Conscientious Objection under Article 4 of the European Convention of Human Rights*", 33 NYU J. L. & Pol. 379 (2002); and Marie Grace Maijor, *Conscientious Objection to Military Service, The European Commission on Human Rights and the Human Rights Committee*, 32 Cal. W. Intl. L.J. (2001). Se også UN docs: E/CN.4/Sub.2/1983/30/rev.1; E/CN.4/1989/30 (20 Dec 1988); og E/CN.4/L.10/Add.15 (9 March 1989).

¹²⁴ Om Eritrea se Amnesty International "Malta: The government should suspend deportations of Eritreans."

EUR/33/001/2002 tilgjengelig på: <http://www.amnesty.org>. Rapporten dokumenterer tvungen verneplikt, ingen rett til militærneking, og bruken av

innkallelse gis noen ganger som standardsvar, f. eks.

“Direktoratet har merket seg søkerens anførsler om at han ikke ønsker å avtjene militærtjenesten. Utlendingsdirektoratet vil bemerke at unndragelse fra militærtjeneste ikke er et forhold som i seg selv tilsier forfølgelse. Det vises til at unndragelse av obligatorisk militærtjeneste er straffesanksjonert i det fleste land, deriblant også Norge. Direktoratet har heller ingen opplysninger om at en slik handling vil gi grunnlag for reaksjoner som kan karakteriseres som forfølgelse.”

Man kan også ta de algirske konseptene i betraktning, som sier at den algeriske konflikten ikke er fordømt av det internasjonale samfunn, og tilbakeviser soldaters obligatoriske deltakelse i militære aksjoner som innebærer grove krenkelser av menneskerettigheter (til tross for rapporter om menneskerettigheter som viser det motsatte).

De russiske konseptene uttaler at straffen for å nekte å utføre militærtjeneste ikke vil resultere i uforholdsmessig anholdelse. Selv om den innrømmer at forholdene i russiske fengsler har vært kritisert, (menneskerettighetsorganer har uttalt at forholdene kan være grusomme og umenneskelige) anser den dette som utilstrekkelig til å begrunne en asylsøknad. Dette er gjentatt av UNE:

“Russiske fengsler er kritikkverdige, men risiko for fengsling etter desertering gir etter UNEs praksis ikke grunnlag for asyl eller opphold på humanitært grunnlag, selv om UNE ser det som sannsynlig at søkeren kan bli straffet.”

- Sak FN handlet om en militærnekte som var av tsjetsjensk opprinnelse og som hadde fått sitt hus brent ned. Han understreket sin motstand mot en krig som han anså for å være urettferdig og inhuman:

vilkårlig anholdelse, tortur og tvangsarbeid. Om Russland se UNE-sak FM (videre drøftelse).

Til sammenligning se *Lukwago v. Ashcroft*, 2003 U.S. App. LEXIS 9328 (3rd Cir. May 14 2003) som handlet om en mindreårig fra Uganda som ble tatt til fange av Lord's Resistance Army og tvunget til militærtjeneste. Han led under fysisk og psykisk mishandling, ble tvunget til å drepe vennene sine og se på mens foreldrene hans ble myrdet, se på lemlestelsen av sivile slik som drap på to barn som ikke lykkes i å rømme leirene – retten bemerket at dødstrusselen utgjorde uforholdsmessig streng straff for nektelse å avtjene. Dessverre uttaler retten at den ikke kunne finne sammenheng med en konvensjonsgrunn.

“Det er ikke krig, men slakt. Russerne forsøker å drepe flest mulig tsjetsjenere. Både kvinner og barn.” UNE avviste og brukte et resonnement som gir opphav til bekymring på grunn av enten en manglende kumulativ analyse eller en utførlig drøftelse den manglende adgangen til rettsmidler på nasjonalt nivå. De avviste påstander om tidligere og fremtidige krenkelser i form av etnisk diskriminering som utilstrekkelig til å fortjene beskyttelse. Dette til tross for nemdas anerkjennelse av både realiteten i etnisk diskriminering samt mangel på adgangen til rettsmidler:

“Klageren har anført at han frykter for sitt liv i fengslet fordi han er etnisk tsjetsjener. I likhet med forholdene utenfor fengslet, er nemnda kjent med at etniske tsjetsjenere blir utsatt for trakassering og til dels diskriminering i Russland. Dette er imidlertid ikke forhold som etter alvor og omfang kommer inn under flyktningkonvensjonen. Det forhold at klagerens mor opplevde at hennes hus ble satt fyr på, er å anse som kriminelle forhold underlagt russisk straffelovgivning, og kan ikke knyttes til noen av forfølgelsesgrunnene i konvensjons art. 1 a. Klageren henvises til å ta forholdet opp med de rette instanser i hjemlandet. Nemnda er kjent med at politi- og rettsvesen i klagerens hjemland til dels er preget av ressursmangler, i noen tilfeller korrupsjon, og at det derfor kan være vanskelig å få bistand i enkeltsaker. Det legges likevel til grunn at hjemlandets myndigheter har tilstrekkelig evne og vilje to bistå landets borgere i forbindelse med straffbare handlinger. Det foreligger følgelig ikke tilstrekkelig holdpunkter for at klageren ved retur til hjemlandet risikerer reaksjoner fra myndighetene eller andre som kan karakteriseres som forfølgelse i flyktningkonvensjonens og utlendingslovens forstand.”

Når det gjelder vernepliktige som vil unngå å bli sendt til Tsjetsjenia, bemerker den danske rapporten at sannsynligheten er liten for at arméen bruker frivillige soldater eller vernepliktige fra regionen nær Tsjetsjenia. Det er imidlertid ingen analyse av legitimiteten av den væpnede konflikten eller de pågående grove krenkelsene av menneskerettigheter og humanitærløvgivning som har blitt dokumentert gjennom menneskerettighetsorganisasjoner og presse.¹²⁵ Rapporten bemerker tvert imot at russiske myndighe-

¹²⁵ Se Human Rights Watch, Human Rights Situation in Chechnya, briefingdokument til 59th Session of the UN Commission on Human Rights (7 april 2003) tilgjengelig på <http://hrw.org/backgrounders/eca/chechnya/>. Se også webside for International Humanitarian Law Research Initiative: <http://www.ihlresearch.org>.

ter kan sende både soldater og offiserer til konfliktområdene uten å krenke internasjonale menneskerettigheter.

- En skarp UNE-avgjørelse som gjaldt en russisk militærnekter (Sak FQ) viser kompleksiteten i dette spørsmålet, spesielt med hensyn til nødvendigheten av at den norske regjering viser en klar og ensartet vurdering av et annet lands situasjon:

“Det internasjonale samfunn- herunder Norge, har uttrykt bekymring for menneskerettighetssituasjonen i Tsjetsjenia, og for de overgrep som sivilbefolkningen utsettes for fra begge sider i konflikten. Det internasjonale samfunn har imidlertid ikke gått til det skritt å fordømme den russiske militære aksjonen i Tsjetsjenia, verken under den første konflikten fra 1994-96, eller under den siste konflikten etter 1999. Heller ikke har norske myndigheter ved Storting, regjering eller utenriksmyndighetene fordømt konflikten som stridende mot grunnleggende menneskerettigheter.”

- I merknadene bemerket UNE videre: ”Etter sekretariatets skjønn bør utlendingsmyndighetene da være varsomme med å vurdere den generelle situasjonen annerledes enn norske myndigheter for øvrig.” Søknaden ble avslått.

Canadisk praksis bemerker “... i de tilfeller hvor militære aksjoner krenker internasjonale standarder kan søkeren være tvunget til å gjøre urett” som innebærer alvorlig skade og forfølgelse.¹²⁶ Dette viser muligheten av at ulovlig vernepliktig aktivitet mangler den nødvendige legitimitet, i forhold til den tradisjonelle oppfatningen om utøvelse av statsmyndighet. Dette innebærer videre en oppfordring til gjennomgang av den faktiske praksis overfor desertører og militærnektere, i motsetning til straff etter loven. Videre finner man det bemerket i praksis at selv om en søker ikke har en sterk overbevisning om ikke å avtjene, kan det av staten tolkes til å indikere en politisk oppfatning.¹²⁷

Mange UNE-avgjørelser gjentar i denne forbindelse resonnetet

¹²⁶ Canadian Immigration and Refugee Board, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law (IRB 31 December 1999) som siterer Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration (1993)) 3 F.C. 540 (C.A.) at 555.

¹²⁷ Ahani, Roozbeh v. MCI (F.C.T.D.: no. IMM-4985-93), MacKay, 4. januar 1995 på 5 sitert ved IRB ID.

fra UDI, og tilføyer samtidig at staten ikke har kapasitet til å følge opp tilfeller av desertering, og ilegger ofte bøter istedenfor fengsel som straff:

- Sak FM handlet om en russisk desertør som anførte forfølgelse fra den føderale sikkerhetstjenesten. Han uttalte at han deserterte fordi han ikke ville drepe mennesker. Han påsto at hans bror fikk fem års fengsel etter å ha desertert, og at de begge ble overfalt i 2002. UDI tvilte på søkerens troverdighet på grunn av han anvendte falsk identitet. Advokaten forklarte at søkeren var redd at det norske politiet ville gi opplysningene videre til russisk politi. (Det var en forståelig frykt fra søkers ståsted idet han ikke hadde tillit til det russiske politi, i tillegg til at han ikke kjente til at praksis var annerledes i det norske politiet). Advokaten bemerket at trusselen om utenomrettslig straff for desertering var reell og derfor ville være en krenkelse av EMK art. 3. Verken UDI eller UNE behandlet dette spørsmålet direkte.

De kroatiske konseptene avviser også anerkjennelse av asyl basert på militærnekting og bemerket at myndighetene trolig bekjemper trakassering av etniske serbere som tjenestegjør i den kroatiske hæren.

UNE-sekretariatet har en tendens til å opprettholde UDI's vedtak, noe som trolig skyldes at søknader fra militærnektende og personer som forsøker å unngå innkallelse, blir behandlet som åpenbart grunnløse. Enkelte UNE-saker om dette tema avdekket en vurdering av flere (noen ganger alle) av de relevante faktorer:

- UNE-sak BY handlet om et Jehovas vitne fra Armenia som ble fengslet i to måneder på grunn av at han nektet å tjenestegjøre i det militære. Han opplevde fysisk mishandling og ble deretter overført til en militærleir hvor han arbeidet i to år. Da han på nytt ble innkalt til militærtjeneste forlot han landet. Han anførte at han ved retur til hjemlandet ville bli fengslet i tre år og tvunget til tjenestegjøring fordi det ikke fantes noe alternativ tjeneste. Han anførte videre at han ville bli utsatt for diskriminerende bestrafning fordi han tilhørte Jehovas vitner. UDI fant ikke historien troverdig da det ikke syntes ikke å være noen militær aktivitet i området han beskrev (denne informasjonen ble påvist uriktig av UNE), at han viste liten militær kunnskap, at kontaktformen var uvanlig (per telefon) og at det var usannsynlig at han ville bli pålagt en vidtgående straff. UNE uttalte at selv om han ble fengslet i tre år *“kan en slik dom ikke anses som en straff av et slikt alvor og omfang at den er å anse som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand.”* Nemndas flertall innvilget til-

latelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn fordi han på grunn av sin religion ville bli behandlet på en diskriminerende måte ved fengsling. Denne analysen legger i tillegg grunnlag for innvilgelse av asyl og humanitær beskyttelse, men er her brukt til å innvilge en ikke-rettslig beskyttelse.¹²⁸

- Sak GO handlet om en desertør fra Congo som påsto å ha flyktet fordi han ikke ville drepe mennesker. Han ble anerkjent som flyktning av UNHCR, og ble innvilget humanitær beskyttelse på grunn av saksbehandlerens manglende evne til å identifisere en beskyttelseskategori. Søkeren ble ikke innvilget asyl, men fikk beskyttelse på grunn av at han hadde to barn i Norge hvis mor var HIV-positiv; og at de med tiden ville bli avhengig av ham som eneste forelder.

Andre spørsmål omfattet kvinner som fryktet at de ville bli utnyttet som seksuelle slaver når de ble innkalt til det militære:

- Sak HA handlet om en kvinne fra Eritrea som ikke meldte seg til militærtjeneste på grunn av frykten for å bli utsatt for systematisk voldtekt, i tillegg til samvittighetsgrunner. UNE uttalte at det ikke forelå noen rapporter om voldtekt i det militære og at hennes religion ikke tillot tjenestegjøring i det militære. Hun ble derfor avvist. (Voldtekt innenfor det militære er et tema hvor NGO'er har problemer med å få adgang til informanter til, slik at rapportering kan skje.)

Det er bekymringsfullt at koblingen til slaveri eller grusom og umenneskelig behandling sjelden blir gjort. Saker som krever vurdering av jus cogens-rettigheter koblet til asyl blir derfor ikke fullstendig drøftet.

- Sak GW står i kontrast til foregående saker; Saken gjaldt en mann fra Congo som ble tvangsrekruttert til det militære. Han ble utsatt for voldtekt, grusom og umenneskelig behandling og vilkårlig anholdelse på grunn av sin politiske mening (man kan også legge til sosial gruppe). Han ble innvilget asyl.

Det bør bemerkes at det er liten grad av henvisning til internasjonal fordømmelse av militære aksjoner, til tross for henstillinger fra advokater.

¹²⁸ Mindretallet stiller spørsmål ved søkerens troverdighet og uttaler at han kunne unngå fengsling via bøter. Dette er et underlig resonnement og det virker som om myndighetene understøtter korrupte taktikker som legitime mekanismer som beskyttelse mot menneskerettighetsbrudd.

Se sak FM der advokaten påstår at krigen i Tsjetsjenia har vært fordømt av vesten som en “*særdeles grusom krig*”.

Anbefaling:

- *Saker som handler om militærnektene og desertører bør gis en fullstendig og individuell analyse på grunn av sin komplekse karakter. Sakene bør ikke anses som prima facie åpenbart grunnløse eller gis standardsvar.*
- *Saksbehandlere bør instrueres om viktigheten av å utføre en systematisert analyse av legitimiteten, utstrekningen og omfanget av handlinger, foreliggende krigsforbrytelser (se Genevekonvensjonene samt protokollene) og annen kriminell aktivitet, slik som handel, utpressing osv. som finner sted i krig. Videre bør de undersøke i hvilket omfang ikke-diskriminerende normer blir overholdt ved rekruttering, i tillegg til tilstedeværelsen av grunner for ikke-deltagelse relatert til religion eller annen overbevisning. Det er til sist et behov for gjennomgang av standarder for uforholdsmessig straff – proporsjonalitet, sannsynlighet av implementering, diskriminerende anvendelse, vilkårlig anholdelse eller anholdelse i tilstander som utgjør grusom og umenneskelig behandling, brudd på grunnleggende rettigheter for soldater, tortur, seksuell vold, og tvangsarbeid innen de væpnede styrker.¹²⁹*

¹²⁹ På grunn av at det eksisterer et stort antall saker fra mange land om disse spørsmålene, har forfatteren inngitt en post-doc søknad om å utføre en fullstendig gjennomgåelse for å etablere omfattende retningslinjer.

7. Bruk av det interne fluktalternativet i forbindelse med intern tvangsforflytning

En annen forklaring på den lave andelen av asyl er utstrakt bruk av det interne fluktalternativet. Alle stater har ansvar for å beskytte sine statsborgere. Prinsippet går ut på at en person som med rimelighet kan søke sikkerhet i en annen del av sitt land ikke har behov for asyl. UNHCR erkjenner imidlertid at det ikke er nødvendig at søkeren viser at han/hun står overfor en risiko for forfølgelse i hele territoriet for å innvilges asyl, se UNHCR's håndbok, avsnitt 91. IFA bør videre ikke anvendes på de tilfeller hvor staten er forfølgeren, da det formodes at staten har adgang til hele territoriet. Hathaway mener at IFA bør tjene som "motgift" til den primære risiko for forfølgelse for å garantere beskyttelse mot tilleggsrisiko for alvorlig skade, og for å innvilge beskyttelse med tanke på for eksempel ikke-diskriminering, arbeid, offentlig velferd og utdanning.¹³⁰ Søkere som kommer fra land der immigrasjonsmyndighetene tror det finnes interne fluktalternativer blir returnert, ofte som et resultat av en summarisk vurdering, uten en fullstendig gjennomgåelse av risikoen for forfølgelse eller trussel angående menneskerettigheter i IFA og som komplikasjoner med å nå IFA.

De canadiske retningslinjene om det interne fluktalternativet ettelyser bruk av IFA hvor det ville være "rimelig under alle omstendigheter". Dette krever en analyse av risikoen for forfølgelse i en annen del av landet. Dette innebærer en vurdering av om det ville være uforholdsmessig å tvinge søkeren til å flytte til en annen del av landet, om personen ville bli utsatt for en faktisk fysisk fare eller lide utilbørlig overlast i forbindelse med reisen til eller oppholdet på det nye stedet, og om det foreligger fysiske hindringer. Man må også vurdere om det er sannsynlig at forfølgerne i nær fremtid vil utvide sine aktiviteter. Valg av IFA må kort sagt være begrunnet i en analyse som spesifikt beviser sikkerheten og holdbarheten av et slikt valg. Man må videre ta spesielle hensyn i betraktning for å avgjøre om IFA kan

¹³⁰ James Hathaway og Michelle Foster, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination* (UNHCR 2001). Se også Renhard Marx, "The Criteria of Applying the 'Internal Flight Alternative' Test in National Refugee Status Determination Procedures", in *14 International Journal of Refugee Law* 179 (Oxford 2002).

anvendes på personen, slik som for eksempel eldre, kvinner, barn, helse, etniske og kulturelle forbindelser, politisk og sosial tilknytning samt utdanning og yrkesmessige karakteristikk. I USA ville vurderingen av om det er rimelig for søkeren å flytte også inneholde en vurdering av om personen ville stå overfor annen alvorlig skade på det nye stedet, pågående sivil strid i landet, administrativ, økonomisk eller rettslig infrastruktur, geografiske begrensninger, økonomiske og logistiske hindringer, brudd på menneskerettighetsnormer (sivile, politiske og sosio-økonomiske), sosiale og kulturelle restriksjoner slik som alder, kjønn, helse, sosiale og familiære tilknytninger samt andre forhold som kan anbringer flyktningen i en tenkt uforutsigbar situasjon.¹³¹

Blant de norske sakene fant jeg noen eksempler på god analyse av grunnlaget for at IFA ikke kunne anvendes. Det var for eksempel en vurdering av søkerens sårbarhet som kvinne uten økonomisk støtte, i tillegg til etniske grunner. Det var imidlertid en god del variasjon.

- For eksempel anbefalte UDI i sak DO søkeren om å flytte til en annen del av Kosovo, uten å drøfte om slik flytting faktisk kunne gjennomføres. Det brukes videre et komparativt perspektiv:

“Sikkerhetssituasjonen i Kosovo tilsier ikke lenger at det foreligger et generelt beskyttelsesbehov for den kosovoalbanske befolkningen. Direktoratet mener at søkeren i fremtiden ikke vil bli utsatt for reaksjoner fra hjemlandets myndigheter, enkeltpersoner eller grupper, som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand.

Det fremkommer heller ikke opplysninger som skulle tilsi at søkeren i fremtiden vil være i en spesielt utsatt situasjon, sammenlignet med andre etniske albanere i området.”

Vurderingen av et internt fluktalternativ bør inneholde henvisninger til spesifikke standarder vedrørende sivile, politiske og sosio-økonomiske rettigheter. Denne avgjørelsen manglet en systematisk vurdering av de relevante menneskerettighetsstandarder, og bruker nærværet av FN- og

¹³¹ Se *Arout Melkonian v. John Ashcroft, Attorney General*, 320 F 3rd 1061 (9th Cir. September 9, 2002), som siterer 8 C.F.R. §208.13(b)(3)(2001) og *In re T-M-B, 211 & N Dec. 775, 789 (NIA 1997) Rosenberg, dissens.*

OSSE-institusjonene som begrunnelse for retur. Søkeren ble avvist.

Konseptet inneholder følgende ordlyd i et standardisert svar:

“Direktoratet har merket seg at søkeren skal være fra den nordlige delen av Mitrovica, som i dag hovedsakelig er serbiskbefolket. Direktoratet er også kjent med den fortsatt vanskelige og spente situasjonen i denne byen, men mener at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at søkeren ved retur til Kosovo vil bli utsatt for forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Ved vurderingen av om søkeren risikerer slik forfølgelse ved retur til Kosovo, legges forholdene i søkerens nærområde til grunn. Direktoratet mener at søkeren som etnisk albaner vil være trygg i sitt nærområde.”

Det bør merkes at det for tiden oppholder seg ca. 54 000 internt fordrevne i Kosovo, som representerer en økning fra tidligere 30 000, og minoriteter er fremdeles utsatt.

En begrunnelse fra UDI (som viser at forholdene etter 1998 har endret seg i Colombia, men som kan være av betydning for andre land) karakteriserte beskyttelsesforskjellen mellom bruken av IFA og forhindring av tvangsflytning, fordi utlendingsmyndighetene faktisk siterte den interne tvangsflytningskrise, som et eksempel på hva søkeren burde gjøre:

“Vi vil videre tilføye at dersom søkerens subjektive mening er at han ikke kan oppholde seg i hjembyen sin, vil vi henvise han til å flytte til en annen del av landet slik mange hundre tusen andre må gjøre i Colombia.”

Det irakiske konseptet har følgende tvilsomme og standardiserte anbefaling av IFA, tatt i betraktning av at den fordrevne befolkningen i Irak tallmessig er anslått til å omfatte mellom 700 000 og en million mennesker, og mangler de grunnleggende sikkerhets- og verdighetsforhold:

“Utlendingsdirektoratet er for øvrig av den oppfatning at søkeren har en slik tilknytning til Nord-Irak at han/hun bør kunne henvises til å søke beskyttelse hos de lokale myndighetene der. Det vises til at søkeren i lengre tid har hatt opphold i området.”

På lignende måte inneholder konseptet for Somalia en IFA-anbefaling (lederen for seksjonen påstår faktisk at IFA bør vurderes for alle afrikanske land):¹³²

¹³² Se Global IDP Project, Internal Displacement in Africa (2003) tilgjengelig på <http://www.idpproject.org>

“Direktoratet viser videre til at søkeren har klan-og bostedstilknytning til nordvest Somalia der den politiske, humanitære og sikkerhetsmessige situasjonen har vært stabil i lengre tid. Det bemerkes at FN har drevet repatriering til regionen i flere år.

Direktoratet viser videre til at søkeren har klan-og bostedstilknytning til nordøst Somalia der den humanitære situasjonen anses stabil. Den politiske situasjonen i området synes tidvis noe labil. Dette påvirker til en viss grad sikkerhetssituasjonen i begrensede områder, uten at dette er av en slik karakter at utlendingslovens §15 er til hinder for retur. Søkers klan er den dominerende i området, og det legges til grunn at han/hun kan oppnå tilstrekkelig beskyttelse der.”

Det er 350 000-400 000 internt fordrevne personer i Somalia, og tilstanden for retur av flyktninger er elendinge, til tross for en UNHCR-finansiert retur. Det er mangel på vann og grunnleggende infrastruktur. UNHCR og NGO'er innrømmer at mennesker med behov for medisinsk assistanse og annen nødvendig hjelp stadig vender tilbake til flyktningeleirene fordi behovene ikke kan dekkes utenfor leirene. Initiativer til mine-rydding og demobilisering går svært sakte, derfor gjenstår en manglende sikkerhet. Bruk av IFA synes ikke å være passende for Somalia. Det er behov for å gjennomgå saker fra alle land som opplever langvarige konflikter og generalisert vold ved å bruke menneskerettigheter for å identifisere særlige grunner for beskyttelse.

Flere saker inneholder meget bra analyser:

- UNE-sak DP, hvor en etnisk albansk familie ble innvilget asyl. Huset ble brent ned og kvinnen hadde ingen mulighet for å skaffe seg jobb. UDI avviste saken med bemerkning om at mangel på bolig og andre sosiale og økonomiske problemer ikke var tilstrekkelig til å gi asyl. På UNE-nivå ble familien innvilget asyl fordi ble ansett for å være ”serber-vennlige” på grunn av sitt tidligere arbeid ved Universitetet og mangel på et internt fluktalternativ. Flertallet fant *“at det er en påregnelig fare for at klagerne kan bli utsatt for overgrep mot liv eller helse, eller andre grunnleggende menneskerettigheter, uansett hvor i Kosovo de tar opphold.”* Henvisning til retten til helse og en generell henvisning til grunnleggende menneskerettigheter avdekker en helhetlig tilnærming til beskyttelse. Mindretallet gikk ikke inn for asyl fordi mange andre også mistet sine hjem under krigen, og de mente at det ikke var noe som skilte denne saken fra de andre. Det er likevel mulig at de to barna i saken har påvirket avgjørelsen, selv om det ikke var noen henvisning til CRC. (I anledning saken

skrev UNHCR et brev som talte mot retur på grunn av faren for å ende opp som fordrevne personer (IDP). NOAS henviste også til barnas psykiatriske behov, tapet av deres hjem og faren for at de kunne ende opp som fordrevne personer). Denne avgjørelsen synes delvis å følge en programerklæring fra UNHCR, som taler mot anvendelse av IFA på grunn av risikoen for å bli fordrevet. Dette viser at slik dokumentasjon har innflytelse på vurderingen, idet den synliggjør kompleksiteten av å gjennomføre retur til land der personenes sikkerhet og verdighet ikke er garantert.

Det synes imidlertid mer vanlig at det gis innvilgelse av humanitær beskyttelse istedenfor asyl, basert på praksis etter geografiske regioner.

- Se sak GD, som handler om en kvinne som påsto at hele hennes familie forsvant etter at en MaiMai-milits angrep Banya-folket. Til tross for at hun ikke ble ansett for å være troverdig, ble hun innvilget humanitær beskyttelse, basert på praksis for øst-Kongo.

I sin helhet later de norske myndigheter til å mangle ”enstemmighet” med hensyn til koblingen mellom flyktninger og fordrevne personer: På den ene siden gis det økonomisk støtte i form av bidrag fra UD til bekjempelse av tvangsflytningskriser. På den annen side fremmer UDI tvangsflytning ved sin retur av asylsøkere, hjem til situasjoner der sikkerhet og verdighet ikke er garantert.

Forutsatt at antall fordrevne personer i verden er langt høyere enn antallet flyktninger, er det viktig at den norske regjeringen ikke ytterligere forverrer tvangsflytningskriser gjennom en for tidlig eller upassende retur. Dersom IFA ikke er rimelig bør søkeren innvilges asyl.

Anbefaling:

- *Det er behov for å videreutvikle menneskerettighets-baserte retningslinjer for IFA-dokumentasjon til å omfatte henvisning til normative standarder, slik som FN's ledende prinsipper om fordrevne personer (som anerkjenner deres rettigheter til å omfatte retten til å søke asyl), Det norske flyktingeråds Globale IDP Database, og rapporter fra menneskerettighets- og utviklingsorganer.*

- *KRD har foreslått forskrifter som omfatter anerkjennelse av det interne fluktalternativ, og trekker frem minimumskriterier for avgjørelsen av rimeligheten av et slikt forslag: “Det trygge området må være fysisk tilgjengelig for søkeren, det må ikke være vesentlig fare forbundet med å nå dit og søkeren må ikke risikere andre overgrep i det interne fluktområdet som kan begrunne anerkjennelse som flyktning.” Denne standarden bør utvides til å omfatte etablering av en manglende risiko for alvorlig skade som ikke utgjør forfølgelse, garanti av grunnleggende sosiale, økonomiske og sivile og politiske rettigheter og ikke-diskriminering, og ta i betraktning søkerens individuelle forhold.*
- *Henvisning til internasjonale organisasjoner eller andre ikke-statlige aktører som agenter for beskyttelse bør ikke være formalistisk, vurdering må gjøres av i hvilket omfang slike agenter faktisk kan håndheve rettsregler, beskytte minoriteter og avhjelpe ofre i praksis. (Denne anbefalingen er også anvendelig på analyse på effektiv beskyttelse*

8. Eksklusjonsklausuler

1951-konvensjonen uttaler at visse asylsøkere som på grunn av sin deltakelse i menneskerettighetsbrudd eller andre kriminelle forhold ikke fortjener beskyttelse. Slike eksklusjonsklausuler bør anvendes med forsiktighet, og ikke mistolkes til å nekte beskyttelse til politiske aktivister som er i behov av og fortjener beskyttelse. I vårt nåværende anti-terrorist-klima er risikoen for misbruk høy, slik at myndighetene bør være veldig forsiktige. Alle asylsøkere bør som et utgangspunkt vurderes som asylsøkere før en eksklusjonsvurdering foretas. En asylsøker som blir ekskludert fra flyktningdefinisjonen kan likevel fortjene humanitær beskyttelse i henhold til utlendingsloven § 15 (1) og non-refoulement-standardene om trussel på livet eller risiko for tortur, som gjenspeiler prinsippene i CAT og EMK.

1951-konvensjonen, artikkel 1 F uttaler at en eksklusjonsvurdering skal utføres:

“Bestemmelsene i denne konvensjonen skal ikke ha anvendelse på personer om hvem det er alvorlig grunn til å anta at de:

a) har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten, således som disse forbrytelser er definert i de internasjonale avtaler som tar sikte på å gi bestemmelser om slike forbrytelser;

b) har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke-politisk forbrytelse utenfor tilfluktslandet, før han fikk adgang til dette land som flyktning;

c) har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med De forente nasjoners formål og prinsipper.

Slik som i flyktningedefinisjonen er det ingen eksplisitt henvisning til eksklusjonsklausulene fra 1951-konvensjonen i norsk lov. Følgende sitat er fra utlendingslovens § 16:

“Flyktning som går inn under flyktningekonvensjonen art. 1 C-F kan helt eller delvis utelukkes fra de rettigheter og det vern som er fastsatt i dette kapittel og som ikke gjelder saksbehandlingen. Flyktning som går inn under art. 1 C-E kan likevel ikke utelukkes fra vernet mot forfølgelse etter § 15.”

Loven tillater ikke non-refoulement-beskyttelse til personer som fal-

ler under eksklusjons-klausulen eller unntaket til non-refoulement-standarden i 1951-konvensjonens artikkel 33:

“Denne bestemmelse skal dog ikke kunne påberopes av en flyktning som med rimelig grunn anses for en fare for det lands sikkerhet hvor han befinner seg, eller som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for samfunnet i vedkommende land.”

Siden eksklusjonsgrunnene ikke er uttrykkelig nevnt i loven, kan saksbehandlere være ukjent med disse. Saksbehandlerne får i tillegg lite trening i anvendelsen av disse klausulene eller andre internasjonale instrumenter som er relevante for disse normene, for eksempel, Statuttene til Romatraktaten som etablerer ICC (1998), definisjoner brukt i Nuremburg, Genèvekonvensjonene med tilhørende protokoller, Konvensjonen mot folkemord, FN-protokoll for å forhindre, stanse, og straffe handling med kvinner og barn, osv.¹³³

Som en sammenligning om eksklusjon har den svenske Utlendingsloven ulike definisjoner som avdekker koblingen mellom internasjonal straffelovgivning og flyktingelov: Terrorister, personer som begår humanitære krenkelser, høytstående embedsmenn i regjeringer som er engasjert i terrorisme, systematiske eller grove menneskerettighetsbrudd eller krigsforbrytelser, eller forbrytelser mot menneskeheten, deltakelse i organisert kriminalitet, osv. (se også den kanadiske Utlendingsloven). Norge har en plikt til å forsikre seg om at personer som kan kobles til slike handlinger ikke bruker asylprosessen for å unnsnippe rettsforfølgelse. Svikt i anvendelsen av eksklusjonsklausuler fører til en svekkelse av 1951-konvensjonen fordi beskyttelse kan misbrukes av de som ikke fortjener asyl (bortsett fra non-refoulement-garantien som anvendes på alle personer under CAT og ECHR).

Advokatene på sin side har ansvar for å ikke utnytte asylinstituttet ved å anmode om asyl i saker som fortjener slik beskyttelse. Dersom advokaten finner eksklusjonsspørsmålet relevant, har denne en plikt til å melde fra om dette til myndighetene og endre søknaden til en anmodning om non-

¹³³ Se generelt Peter J. Van Kriekan, *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause* (TMC Asser Press 1999).

refoulement, forutsatt at det er et mulig grunnlag.¹³⁴ Dersom disse spørsmål ikke går klart frem, kan det føre til feilbehandling av saker. Selv om CAT- og ECHR-bestemmelsene om non-refoulement støtter ikke-retur av personen, til tross for eksklusjonskriteriene under 1951-konvensjonen, er det viktig at saksbehandleren viser at det har blitt foretatt fullstendig vurdering av eksklusjonsspørsmålet. Det er nødvendig å forstå i hvilket omfang søkeren deltok i forfølgelseshandlinger eller andre forbrytelser. Selv om søkeren ikke ”avfyrte skuddet” kan han ha gitt vesentlig hjelp til utførelsen av slike handlinger. En sak fra USA er illustrerende: Her ble et medlem av Komiteen for forsvar av revolusjonen (en para-statlig instans som fikk i oppdrag å arbeide sammen men politiet) i Ghana ekskludert. Han var ansvarlig for å identifisere personer som skulle arresteres på grunn av sine politiske meninger, og flere av disse ble utsatt for tortur og /eller drept.¹³⁵

Anbefaling:

- *Asylsøkere bør få en realitetsvurdering før en eksklusjonsanalyse blir utført og bør gis non-refoulement beskyttelse i samsvar med standardene i CAT og ECHR.*
- *Loven bør endres til å omfatte teksten til eksklusjonsklausuler i 1951-konvensjonen om flyktningsstatus, og kan også inkludere tilleggskategorier av organisert kriminalitet og terrorisme: 1) som henviser direkte til definisjonen i Straffeloven § 147a; 2) som henviser direkte til definisjonen av organisert kriminalitet i FNkonvensjonen om transnasjonal organisert kriminalitet og tilhørende protokoller (2000); 3) som henviser til definisjonen av terrorismen i Den internasjonale konvensjon om stansing av finansiering av terrorisme (vedtatt av FNs Generalforsamling 1999):*

” enhver annen handling i den hensikt å drepe sivile eller andre som ikke tar aktivt del i fiendtlighetene i en væpnet konflikt, eller å påføre

¹³⁴ Se European Legal Network on Asylum, International Course on the Application of Article 1C and Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees 17-19 January 2003.

¹³⁵ Kwando Ofosu v. McElroy, Acting District Director of the New York District of the Immigration and Naturalisation Service, 933 F. Supp. 237 (U.S. District Court for the Southern District of New York 1995).

dem alvorlig legemsskade, når denne handling ut fra sin karakter eller kontekst har som formål å skape frykt i en befolkning, eller å tvinge en regjering eller en internasjonal organisasjon til å utføre eller avstå fra å utføre en handling.

- *Kommentaren til loven bør inneholde definisjoner og forklaringer på terminologien som er brukt i eksklusjonsklausulene, som for eksempel folkemord, forbrytelser mot fred, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten er definert i Roma-statuttene som etablerer Den internasjonale straffedomstol, art 6-8*¹³⁶
- *Det bør være en henvisning til folkemord, kapring, gisseltaking og lovbrudd mot diplomater som ikke-politiske forbrytelser som skal underkastes en eksklusjons-analyse. Kommentaren bør tillate en vurdering av forbrytelsens **nærhet** til det politiske målet (ingen nær eller direkte årsakssammenheng) og forbrytelsens **uforholdsmessige** karakter i forbindelse med dens politiske mål. Alvorlige ikke-politiske forbrytelser omfatter vanligvis drap, voldtekt, barnemishandling, legemsbeskadigelse, ildspåsettelse, narkotikahandel og væpnet ran. Kommentaren bør også behandle formildende omstendigheters betydning for eksklusjon, i forbindelse med ikke-politiske forbrytelser, slik som lovovertrederens mindreårighet, løslatelse på prøve, provokasjon og selvforsvar, tidsforløp etter forbrytelsen, rehabilitering, unnlatt gjentagelse, osv. i tillegg til standarden for å avveie alvorlighetsgraden av forbrytelsen mot straffens strenghet, dvs. om retur vil resultere i en uforholdsmessig streng straff som utgjør forfølgelse/grusom eller umenneskelig behandling*¹³⁷ *Asylsøkere bør få en realitetsvurdering før en eksklusjonsanalyse blir foretatt, og bør videre gis non-refoulement-beskyttelse i henhold til standardene i CAT og ECHR.*
- *En særskilt enhet for eksklusjon bør etableres i UDI og UNE, med en stab som besitter kompetanse på strafferett, humanitærrett, menneskerettighetslovgivningen og flyktningerett. Dette ville muliggjøre en evaluering av de ulike spørsmål i slike saker. En slik enhet bør ha direkte kontakt med KRD, UD, PST (politiets sikkerhetstjeneste), og etterretningsenheten i Forsvarsdepartementet. Det bør understrekes at en opprettelse av en slik enhet ikke innebærer en*

¹³⁶ Se <http://www.un.org/law/icc/statute/romefra.htm>

¹³⁷ Se Geoff Gilbert, Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses (UNHCR 2001).

eliminering av en realitetsvurdering før eksklusjonsanalysen blir gjort.

- *UNE har nylig utarbeidet et fagnotat om Flyktingekonvensjonens art. 1F (13.09.2002) som bør distribueres til UDI, NGOer og advokater som arbeider med asyl.*

9. Opphørsklausuler

Jeg har forsøkt å påvise de manglende henvisningene til opphørsklausulene for å fremheve uklarhetene i loven, og for å finne andre grunner til den lave asylandelen, dvs. manglende anvendelse av unntaket for tvingende grunner i 1951-konvensjonens art. 1 C 5.

Opphørsklausulene i art. 1 C-E viser på hvilke ulike stadier hvor flyktningsstatus kan fjernes når personen ikke anses for å ha behov for beskyttelse:

”C. Denne konvensjon skal ikke lenger ha anvendelse på en person som omfattes av bestemmelsene i avsnitt A, hvis:

1) han frivillig på nytt har søkt det lands beskyttelse som han er borger av; eller

2) han etter å ha mistet sitt borgerskap, frivillig har gjenervervet det; eller

3) han har ervervet nytt statsborgerskap og nyter beskyttelse av det land han er blitt borger av; eller

4) han frivillig på nytt har bosatt seg i det land han forlot, eller som han oppholdt seg utenfor på grunn av frykt for forfølgelse; eller

5) han ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er tilstede.

Bestemmelsene i dette punkt skal dog ikke ha anvendelse på flyktning som omfattes av denne artikkels avsnitt A, punkt 1, og som kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett;

6) han ikke er borger av noe land, og, på grunn av at de forhold som førte til at han ble anerkjent som flyktning ikke lenger er til stede, er i stand til å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel.

Bestemmelsene i dette punkt skal dog ikke ha anvendelse på flyktning som omfattes av denne artikkels avsnitt A, punkt 1, og som kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å nekte å vende tilbake til det land hvor han tidligere hadde sin vanlige bopel.

D. Denne konvensjon skal ikke ha anvendelse på personer som for nærværende nyter beskyttelse eller bistand fra andre organer eller institusjoner under De forente nasjoner enn De forente nasjoners Høtkommissær for flyktninger.

Når slik beskyttelse eller bistand av en hvilken som helst grunn er bortfalt uten at vedkommende persons forhold er blitt endelig ordnet i henhold til de vedtak som er truffet av De forente nasjoners Generalforsamling om disse spørsmål, skal de uten videre ha krav på å nyte godt av denne konvensjons bestemmelser.

E. Denne konvensjon skal ikke ha anvendelse på personer som av de kompetente myndigheter i det land hvor de har bosatt seg, er innrømmet de rettigheter og plikter som er knyttet til statsborgerskap i vedkommende land. (Denne anvendes når personen har "aktivt statsborgerskap" i et annet land. Dette omfatter nødvendigvis ikke alle rettigheter som tilligger landets statsborgere, men vil som et minimum omfatte adgangsretten og vernet mot å bli utvist.¹³⁸

Jeg behandler de forhold som er mest relevant: for det første om personen frivillig har benyttet seg av beskyttelsen i landet han har statsborgerskap, og for det andre om han kan frasi seg beskyttelse fra sitt land på grunn av at de forhold som medførte at han ble erkjent som flyktning har endret seg eller opphørt. Loven uttaler at flyktninger som faller under opphørsklausulen forblir vernet mot refoulement: "*Flyktning som går inn under art. 1 C-E kan likevel ikke utelukkes fra vernet mot forfølgelse etter § 15.*" På samme måte som eksklusjonsklausulen støtter jeg at loven inkluderer teksten av opphørsklausulen.

Det har for det første nylig vært en diskusjon om flyktninger som tilsynelatende reiser tilbake til opprinnelseslandet "på ferie". På bakgrunn av slik reise har det blitt anmodet om at asylstatusen fjernes. Ifølge 1951-konvensjonen er vurderingen hvorvidt flyktningen frivillig og med vilje søker beskyttelse i landet hvor han har sitt statsborgerskap, og at han faktisk blir gitt slik beskyttelse. Ifølge Grahl-Madsen er den faktiske tilstedeværelsen i hjemlandet ikke tilstrekkelig; personen må snarere bevisst underkaste seg landets myndigheter, og forholdet mellom stat og individ må

¹³⁸ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law* 94-95 (Clarendon 1996).

normaliseres.¹³⁹ Goodwin-Gill oppfordrer til at flyktingens alder tas i betraktning (fordi en mindreårig ikke nødvendigvis forstår omfanget av en slik handling), samt målet for den fornyede kontakten, om kontakten lykkes, antall gjentatte kontakter, og fordelene som har blitt oppnådd ved slik kontakt.¹⁴⁰ Forslag til lovendring bør ikke underminere opphørsprinsippene i denne konvensjonen. Ethvert forsøk på å regulere dette spørsmål bør derfor innebære en konkret vurdering av den faktiske kontakt mellom statens myndigheter og søkeren, samt betydningen av denne kontakten. Dette innebærer at dersom en asylsøker vil se an situasjonen i sitt hjemland for å vurdere mulig retur, men som ikke søker beskyttelse fra staten eller drar til hjemlandet for å besøke et sykt familiemedlem bør vurderes annerledes enn de som foretar regelmessige ferier eller følger opp forretningsvirksomhet. Ifølge European Network on Asylum, bør ikke asylstatusen fratras flyktinger som handler mot sin vilje, slik som å adlyde statsinstrukser om å søke et nasjonalt pass (i motsetning til noen som søker nasjonalt pass uten instrukser) eller som handler på bakgrunn av forhold utenfor deres kontroll, som for eksempel å søke skilsmisse i en nasjonal domstol for å sikre internasjonal anerkjennelse.¹⁴¹ På samme måte bør ikke det å skaffe seg fødselsattester og vielsesattester bli ansett for å søke beskyttelse i landet. For det andre, ifølge art. 1 C (5) kan flyktinger miste sin asylstatus dersom det har vært en grunnleggende endring i forholdene:

”han ikke lenger kan nekte å nyte godt av det lands beskyttelse, i hvilket han har statsborgerrett, fordi de forhold som førte til at han ble anerkjent som flykting ikke lenger er tilstede.”

Representantskapet utstedte Conclusion No. 69 (1992) om Opphørsstatus og UNHCR's håndbok inneholder noen kriterier for å avgjøre opphørsspørsmålet. Det er imidlertid likevel et behov for å understreke

¹³⁹ A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. 1 384 (1966) sitert i Goodwin-Gil, *The Refugee in International Law*, 81 (Clarendon 1996).

¹⁴⁰ Guy Goodwin-Gill, *Id.* At 80-84.

¹⁴¹ European Legal Network on Asylum, *International Course on the Application of Articles 1 C and Article 1 F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees* (17-19 January 2003).

vekten av sikkerhet, varighet og menneskerettighetssituasjonen.¹⁴² Tidligere praksis viser at opphør har vært brukt av UNHCR i situasjoner som omhandler uavhengige stater, overgang til demokrati og løste interne konflikter.¹⁴³ UNHCR undersøker tilstedeværelsen av demokratiske valg, erklæringer om amnestier, opphevelse av undertrykkende lover, opphevelse av dommer mot politiske motstandere, etablering av juridiske garantier mot gjentakelse av diskriminerende handlinger som var grunnen til at flyktningene reiste samt avvikling av tidligere sikkerhetstjenester.¹⁴⁴ Saksbehandlingen bør gjennomgå både de facto- og de jure-garantier om rett til liv, frihet, ikke-diskriminering (særlig med hensyn til minoriteters rettigheter), rettsikkerhet, adgang til domstolene, og de rettigheter som direkte er forbundet med demokratisk deltagelse, ytringsfrihet, organiserings- og forsamlingsfrihet også sosiale og økonomiske rettigheter koblet til grunnleggende menneskelige behov (rett til en tilfredsstillende levestandard). Kort sagt må endringene spesifikt fjerne opphavet til frykt for forfølgelse og generelt etablere rettsregler. Det er vesentlig at en avgjørelse blir tatt i fullt samråd med flyktningen selv gjennom en grundig analyse av de faktiske virkningene av retur. For eksempel om det faktisk er mulig å oppnå en tilfredsstillende levestandard, som omfatter grunnleggende rettigheter til mat, husly, helse, osv., og om retur ville forverre IDP-situasjonen, om det ville vise seg å ha en destabiliserende effekt for staten, og om det ville være en økt risiko for hevnmotivert vold. Ville en pålagt opphørsklausul medføre brudd i sterke familiære, sosiale og økonomiske bånd som har blitt til i vertslandet?

Ved gjennomgang av saker virker det som om saksbehandlerne henviser til opphøret av behovet for beskyttelse, uten noen spesifikk henvisning til standardene i 1951-konvensjonen:

- Sak EE handlet om en søker fra Jugoslavia (bosnisk etnisitet) som arbeidet for sikkerhetspolitiet i Montenegro. Han fryktet attentat fra

¹⁴² UNHCR, Expert Roundtables, Summary Conclusions – Cessation of Refugee Status (3-4 May 2001).

¹⁴³ Rafael Bonoan, *When is International Protection No Longer Necessary: "The Ceased Circumstances" Provisions of the Cessation Clauses: Principles and UNHCR Practice, 1973-1999*, avhandling presentert på UNHCR Global Consultations on International Protection (24 April 2001).

¹⁴⁴ Id. som siterer Note on the Cessation Clause.

den serbiske etterretning (han anførte at de tidligere hadde utsatt ham for attentatforsøk og kidnapping). UDI ga følgende avgjørelse:

“Søkeren har i hjemlandet ikke vært utsatt for reaksjoner fra myndighetenes side som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Han har heller ikke utvist politisk aktivitet av en slik art eller et slikt omfang at det kan gi grunn til å frykte forfølgelse. Ifølge direktoratets kunnskap om situasjonen i Montenegro, foreligger det ikke et generelt beskyttelsesbehov for den bosniske befolkningen i området. . . Direktoratet kan ikke se at søkeren vil befinne seg i livsfare ved retur til hjemlandet. Det bemerkes videre at søkeren ser ut til å ha et godt forhold til montenegrinske myndigheter og han oppfordres derfor til å søke beskyttelse hos dem hvis han skulle ha problemer ved retur til hjemlandet.”

I andre saker synes det som om humanitær beskyttelse blir gitt søkere som faller under opphørsklausulen på grunn av den gjeldende praksis i forhold til søkerens nasjonalitet:

Se på ordlyden i konseptet for Jugoslavia:

“Direktoratet har merket seg at søkeren har blitt trakassert og banket opp av politiet i perioden. Likevel vil direktoratet vise til at de anførte forholdene ligger flere år tilbake i tid, og at de politiske forhold har endret seg betraktelig siden disse forholdene fant sted. Det har vært et regimeskifte hvor den nye presidenten ble valgt gjennom et demokratisk valg, og det kan nevnes at sentrale myndighetspersoner i det tidligere regimet er blitt avsatt. I perioden søkeren viser til var det også krig mellom serbere og bosniere i Bosnia, en krig som nå er over. Selv om dette på ingen måte rettfærdiggjør det søkeren har blitt utsatt for, mener direktoratet at situasjonen sett under ett har forandret seg betraktelig siden episodene fant sted, og at det ikke er tilstrekkelig sannsynliggjort at søkeren ved retur vil bli utsatt for overgrep som kan karakteriseres for forfølgelse i loven og konvensjonens forstand.”

- Sak EG gjaldt en afghansk kvinne som fryktet forfølgelse på grunn av tillagt politisk mening som stilnet på grunn av en endring i regimet (hennes mann arbeidet trolig for Najibullahs regime og ble arrestert av Taliban (foreldrene hans ble drept). Likevel ble hun innvilget humanitær beskyttelse, mest sannsynlig i samsvar med praksis om ikke-retur til Afghanistan på grunn av den manglende stabiliteten for re-integrering.

Slike saker avdekker at anvendelsen av opphørsprinsippet synes å

være formalistisk og ikke spesifikt knyttet til sak. At landet ikke ble ansett for å være stabilt for reintegrering, viser at sikkerhetsforholdene og stabiliteten i de endrede forhold, i tillegg til at de grunnleggende menneskerettsgarantier, ikke var oppfylt, noe som pekte på at søkeren ikke nødvendigvis kvalifiserte til opphør.

- Sak EF handlet om en søker fra Afghanistan som ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl på grunn av Talibans avskaffelse. Søkerens far ble koblet til kommunister. Søkeren selv ble fengslet, pisket og torturert av Taliban. Han påsto at de ville rekruttere ham til væpnet konflikt. Humanitær beskyttelse ble innvilget på grunn av *“den generelt svært vanskelige humanitære situasjonen i Afghanistan og i henhold til UDI’s praksis.”*

En oppfatning i UDI har vært at siden asyl ble forlenget fra ett til tre år har dette blitt tolket som et signal på at innvilgelse av asyl ikke bør reverseres, og at de derfor ikke gjør bruk av opphørsklausuler.

Det er heller ingen henvisning til unntaket fra opphørsklausulen, art. 1 C 5 som tillater at staten kan innvilge beskyttelse, til tross for eksisterende opphørsforhold, på tvingende grunner koblet til det grusomme som søkeren har opplevd. Dette prinsippet er ment å anvendes bare på en liten andel av sakene, og representerer dårlige eksempler på tidligere forfølgelse opplevd av personer som på et gitt tidspunkt ble identifisert som flyktinger i henhold til konvensjonen. I USA og hos immigrasjonsmyndighetene og domstolene er det anerkjent at søkere får innvilget asyl basert på alvor av den tidligere forfølgelse, og trenger ikke å sannsynliggjøre fremtidig forfølgelse.¹⁴⁵ I Lopez-saken avgjorde domstolen at kvinnens bortføring og anholdelse, som medførte gjentatte voldtekter, mangel på mat, tvangsarbeid og fysisk mishandling av Sandinistamilitæret (til tross for regjeringsskifte) utgjorde en så forferdelig tidligere forfølgelse at det ble innvilget asyl.¹⁴⁶ Retten bemerket at voldtekt kunne være forfølgelse, basert på at forfølgerens motiv var koblet til en beskyttelsesgrunn og viser eksplisitt til en tillagt politisk mening som akseptabel, uavhengig av troverdigheten av den tillagte politiske mening. Retten fremhevet videre viktigheten av å vurdere slike handlinger under unntaket for tvingende grunner:

¹⁴⁵ Chen-saken, 20 I. & N. Dec. 16 (BIA 1989).

¹⁴⁶ Lopez-Galarza v. INS, 99 F. 3rd 954 (9th Circuit 1996).

“Voldtekt utført av myndighetene mens en er fengslet på grunn av ens politiske meninger kan utgjøre en grusom form for straff. Alvorligheten av skade forårsaket av voldtekt er understreket i flere studier som avdekker den fysiske og psykiske skaden forårsaket av voldtekt”

Slike unntak er relevant for tortur- og voldtekts ofre, men har liten sannsynlighet for å bli brukt:

- Sak EH handlet om en kvinne av albansk etnisitet fra Kosovo som sammen med andre kvinner ble voldtatt under krigen. Som et resultat av den traumatiske opplevelsen led hun av epilepsi. Hennes mann uttalte at han ville skille seg fra henne om hun returnerte fordi hun ikke kunne få riktig behandling i Kosovo. UDI avviste saken og bemerket:

“Direktoratet har merket seg at søkeren har blitt voldtatt, men viser til at dette skjedde for tre år siden og at konvensjonen legger opp til en fremtidsvurdering. Direktoratet bemerker videre at situasjonen i Kosovo har endret seg betraktelig siden 1999, og at det ikke lenger foreligger noe generelt beskyttelsesbehov for den albanske befolkningen. . . Direktoratet har merket seg at søkeren har opplyst at hun har blitt voldtatt og at hun har fått epilepsi etter voldtekten. Epilepsi anses imidlertid ikke å være en tilstrekkelig helsemessig årsak for å gi grunnlag for oppholdstillatelse. Etter en konkret helhetsvurdering mener direktoratet at det ikke foreligger sterke menneskelige hensyn som danner grunnlaget for oppholdstillatelse etter denne bestemmelsen.”

UNE avviste klagen og uttalte at generelle sosiale og økonomiske problemer, slik som manglende bolig og arbeid ikke er tilstrekkelig til å gi beskyttelse. Det ble videre uttalt at hun kunne få medisiner. Det var ingen drøftelse av art. 1 C 5 i avgjørelsen.

- Sak EI gjaldt en kvinne av albansk etnisitet fra Kosovo som fikk humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Hun ble mishandlet av serbiske styrker og voldtatt flere ganger på politistasjonen og i sitt eget hjem. Hun ville ikke reise tilbake fordi folk på hennes hjemsted hadde sett at hun ble voldtatt der. UDI bemerket:

“Direktoratet har merket seg søkerens anførsler om mishandling fra serbiske styrker. . . situasjonen i Kosovo i dag er imidlertid en helt annen enn da søkeren forlot området. Sikkerhetssituasjonen i Kosovo tilsier ikke lenger at det foreligger et generelt beskyttelsesbehov for den kosovoalbanske befolkningen. Direktoratet mener at søkeren

i fremtiden ikke vil bli utsatt for reaksjoner fra hjemlandets myndigheter, enkeltpersoner eller grupper, som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand. Det fremkommer heller ikke opplysninger som skulle tilsi at søkeren i fremtiden vil være i en spesielt utsatt situasjon sammenlignet med andre etniske albanere i området.”

- Hun ble ansett for å ha enkelte motsigelser og uklarheter i sin forklaring, men tvilen kom henne imidlertid til gode slik at hun kun ble innvilget humanitær beskyttelse. UDI brukte en sammenlignende vurdering av de fremtidige forhold, men ignorerte samtidig hennes tidligere spesielle forhold. Kort sagt er det ingen vurdering av art. 1 C 5 som har ført til innvilgelse av asyl. Til sammenligning har de kanadiske rettsinstanser avgjort at dersom beviset etablerer tvingende grunner har immigrasjonsmyndighetene en selvstendig plikt til å vurdere unntaket, uavhengig om søkeren ber om det eller ikke.¹⁴⁷

Et annet spørsmål er de vanskelige forhold der kvinner som ble voldtatt under krigen, som en del av den etniske rensingen, og som følge av voldtektene har født barn med blandet etnisitet. UDI mener at trakasseringen og problemene de vil møte ved retur ikke utgjør forfølgelse. Dette indikerer en kjønnsrelatert skjevhet og mangel på tilstrekkelig vurdering av relevansen av 1 C 5, generelle humanitære prinsipper og behovet for å drøfte ”barnets beste”:

- Sak EK handler om en kvinne fra Jugoslavia som gjentatte ganger ble voldtatt av serbiske paramilitære og fødte et barn med blandet etnisitet. Voldtekten kan ha vært både en krigsforbrytelse og en del av en forbrytelse mot menneskeheten, satt i sammenheng med etnisk rensing. Hun ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl. Barnet er et fysisk bevis på voldtekten og gjenspeiler virkninger av forfølgelse som strekker seg fra fortiden til fremtiden.

Menn kan også ha grusomme eller forferdelige opplevelser som fortjener innvilgelse av asyl. Som et eksempel ble en flyktning i Canada ansett for å falle under unntaket på grunn av den alvorlige behandling han ble ut-

¹⁴⁷ Rasanayagram, Shayananthy Christelda v. M.C.I. (F.C.T.D., no -816-91), Wetston, July 25 1995 at 4 sitert i Canadian Immigration and Refugee Board, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law, Chapter 7-9 (December 31 1999).

satt for, noe som i all vesentlighet opphever virkningen av endrede forhold i opprinnelseslandet: Han opplevde gjentatte ganger å bli utsatt for arrest, anholdelse og tortur, og hele hans familie ble ved flere anledninger utsatt for mishandling, slik som voldtekt, tortur, attentater, osv.¹⁴⁸ I en sak fra USA fant retten grunn til å innvilge asyl, til tross for endrede forhold i landet. Søkeren hadde blitt utsatt for ”omskolering”, fysisk og psykisk mishandling samt mangel på mat i en loatisk leir.¹⁴⁹ Se også en annen amerikansk sak som omhandler utpressing, fiktiv rettsak og dødsdom over eieren av flere gullgruver, avsagt av Shining Path.¹⁵⁰

Til slutt synes det som om saksbehandlere i noen saker innvilger humanitær beskyttelse på grunn av alvorligheten av en hendelse, for eksempel gjentatte voldtekter utført av statlige og ikke-statlige aktører. Det kan imidlertid anføres at myndighetene kan innvilge asyl ved å henvise eksplisitt til unntaksklausulen i 1 C 5:

“Bestemmelsene i dette punkt skal dog ikke ha anvendelse på flyktning som omfattes av denne artikkels avsnitt A, punkt 1, og som kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avise beskyttelse fra det land i hvilket han har statsborgerrett.”

- Se sak EJ til sammenligning; Her handlet det om mannlig, etnisk rom fra Kroatia som opplevde å bli fysisk angrepet av militærpolitiet fordi han ikke ville melde seg til militærtjeneste. Familien hans ble drept under krigen, kona ble voldtatt og huset angrepet med granat. Han ble fordrevet og senere stukket ned. Han manglet hus, arbeid og penger til å fø sine barn. Det ble ikke foretatt noen kumulativ analyse. UDI avviser saken og bemerker at det er ”ingen fare om forfølgelse i fremtiden... trakassering er ikke forfølgelse. . . sosiale eller økonomiske problemer knyttet til den høye arbeidsledigheten er ikke et forhold som kan danne asyl.” Denne saken avdekker manglende fokus på tidligere handlinger som utgjør forfølgelse. Selv om forholdet ikke innebærer 1 C 5, hjelper det å forklare hvorfor 1 C 5 aldri blir brukt.

¹⁴⁸ Juan Carlos Yong-Gueico et. al. V The Ministry of Citizenship and Immigration, Federal Court of Canada, Trial Division, June 25, 1997.

¹⁴⁹ Vongsakdy v. INS, 171 F 3rd 1203 (9th Cir. 1999).

¹⁵⁰ Del Aguila v. INS, 2000 U.S. App. LEXIS 6174 (9th Circuit).

Anbefaling:

- *Loven bør endres til å omfatte hele teksten til opphørsklausulene i 1951-konvensjonen om flyktningsstatus. Kommentaren til loven bør ta med henvisninger til standarder i UNHCR's håndbok avsnitt 119, når henvisning er gjort til 1 C: **frivillighet** av flyktnings handling, **intensjonen** av å igjen benytte seg av beskyttelse og faktisk oppnåelse av slik beskyttelse gjennom igjen **å benytte seg** av beskyttelse. Identifisering av den **grunnleggende karakteren av endrede forhold** (i motsetning til forbigående endringer) gjennom vurdering av de jure- og de facto-respekt for menneskerettigheter (særlig de som er relevante overfor tidligere dissidenter og minoriteter), juridiske reformer, sikkerhets situasjonen, styrken av rettsreglene. Videre bør en slik kommentar omfatte anbefalt grunnlag for å påberope seg tvingende grunner - unntaket i 1 C 5 av 1951-konvensjonen, dvs. opplevelse av forferdelig forfølgelse til å omfatte tortur og grov voldtekt. Videre bør den oppmuntre til vurdering av nærværet av psykologiske virkninger, slik som post-traumatiske forstyrrelser og vedvarende psykiske eller følelsesmessige lidelser.¹⁵¹ (Fraværet av slike lidelser vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å oppheve anerkjennelse av tvingende grunner, og forhold som påviser slike situasjoner).*

¹⁵¹ Se Adaros-Serrano v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993) 22 Imm. L.R. (2nd) 31 (FCTD) at 38 sitert i Canadian Immigration and Refugee Board, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law Chapter 7-10 at note 50 (December 31, 1999).

10. Blandede motiver og aldersskjevhet

Et forhold som videre kompliserer innvilgelse av asyl er forvirringen rundt blandede motiver og en viss grad av skjevhet i saksbehandlingen. Selv om 1951-konvensjonen og menneskerettighetsinstrumenter inneholder garantier mot diskriminering, er asylpraksis dessverre ikke alltid i samsvar med standardene. I noen land avdekker immigrasjonsmyndighetene fordommer mot fattige flyktninger – noe som ikke er tilfelle i Norge.¹⁵² Det synes imidlertid å være mangel på oppmerksomhet rundt forekomsten av blandede motiver for utvandring. Jo høyere utdanning søkeren har, desto større er faren for at han ikke anses å ha behov for beskyttelse. Dette kan være spesielt relevant for kvinnelige søkere (fordi den mannlige elite, særlig de som er politisk aktive, kan få beskyttelse). Selv om det er prisverdig at myndighetene gir beskyttelse til de mest utsatte kategoriene (i samsvar med UNHCR's politikk), er det uheldig at saker med blandede motiver (som omfatter de med større ressurser) trekker frem den stereotypiske flyktingen som en som taper samfunnet, snarere enn å være en aktiv deltaker. Flyktninger har rett til beskyttelse uansett om de viser høyere nivå av "menneskelig kapital". De bør ha lik rett til vurdering av sine asylsøknader uten fordommer. Økt grad av beskyttelse for slike personer kan faktisk bidra til å forbedre samfunnets oppfatning av flyktninger generelt sett. At det foreligger økonomiske motiver for utvandringen kan anføres som grunner til å oppheve gyldigheten av forhold som gjenspeiler velbegrunnet frykt for forfølgelse, koblet til en konvensjonsgrunn.

- Som i sak AJ, som handlet om sykepleiersken fra Colombia som fryktet forfølgelse på grunn av at hun ga bistand til geriljaen. Advokaten fremhevet hennes menneskelige ressurser, noe som imidlertid synes å ha virket til hennes ulempe, sannsynligvis fordi immigra-

¹⁵² Se *Otuñez-Tursios v. Ashcroft*, U.S. Attorney General, 303 F. 3rd 341 U.S. Court of Appeals for Fifth Circuit (2002) hvor retten ikke anerkjenner et motiv basert på politisk mening eller sosial gruppe i en sak som handler om ødeleggelse av eiendom, forsøk på attentat, og dødstrusler mot en bondeleder av et jordkooperativ i Honduras. Dissens ved Judge Wiener viser en interessant analyse av blandede motiver. Sammenlign med *Del Aguila v. INS*, 2000 U.A. App. LEXIS 6174 (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit (2000)) hvor eieren av flere gruver i Peru ble ansett for å være forfulgt av *Shining Path* for utpressing for politiske grunner.

sjonsmyndighetene kan ha ansett henne som en økonomisk innvandrer.

I en annen sak ble en kvinne fra Sudan ikke innvilget asyl, noe som delvis skyldtes hennes utdanning. Hun hadde utdanning som tilsvarte en grad innenfor petroleum og ble ansett for å være for iderik og sterk.¹⁵³ I motsetning til denne saken har en domstol i det niende rettsdistrikt i USA funnet at asylsøkerens blandede motiver for å flykte til et annet land, økonomiske motiver inkludert, ikke opphevet et eksisterende beskyttelsesbehov der den opprinnelige årsaken for flukt var koblet til forfølgelse.¹⁵⁴

Med tanke på aldersskjevhet blir en mindreårig som står overfor kjønnsforfølgelse prioritert når det gjelder å få innvilget beskyttelse. Det ser ut til at det er mindre sannsynlig at voksne kvinner vil få asyl på grunnlag av kjønnsforfølgelse.

- I sak EL, som handlet om en kvinne fra Etiopia, ble kvinnen innvilget asyl etter å ha opplevd brudekidnapping, tvangsekteskap, voldtekt og juling. Annenhåndsbehandleren kommenterer i merknadene at dersom søkeren hadde vært over 18 år ville konklusjonen ha blitt annerledes. Det synes å være en frykt for "å åpne døren" til for mange kvinner.¹⁵⁵

¹⁵³ Det forhold at søkeren ikke kunne oppfylle sitt potensial i hjemlandet på bakgrunn av sitt kjønn ble ikke fullstendig drøftet. Saksbehandlerne ignorerte også søkerens uttalelser om kvinners rett til utdanning og frihet fra omskjæring, som er former for politiske meninger, selv om søkeren selv ikke karakteriserer dem slik. Saksbehandlerne unnlater å anta en utvidende tolkning av rettigheter for å innvilge beskyttelse.

¹⁵⁴ Garcia-Ramos V. INS, 775 F. 2nd 1370, 1375 (9th Cir. 1985)- "Vi finner at det ikke er uoverensstemmende med en anført frykt for forfølgelse at en flykting, når han flykter fra sitt hjemland, drar til det landet hvor han tror hans muligheter er best. Frykt for forfølgelse behøver ikke være en utlendings eneste motiv for å flykte".

¹⁵⁵ Voksne menn som opplever post-traumatiske forstyrrelser behøver ikke alltid få innvilget humanitær beskyttelse etter sterke menneskelige hensyn, slik som tilbys kvinner eller barn. Spørsmålet blir derfor om menn har større vanskeligheter med å bli ansett som offer, noe som fører til en reversert kjønnspreferanse. I sak EM opplevde søkeren fra Algerie vilkårlig intervensjon av islamister i sitt hjem. Selv om den medisinske rapporten bekrefter post-traumatiske forstyrrelser og selvmordstendenser, anser ikke UDI dette for å være et tilstrekkelig beskyttelsesgrunnlag og avviser ham.

På lignende måte ble asyl oftere innvilget til mindreårige jenter enn mindreårige gutter (se tsjetsjenske saker drøftet tidligere i avsnittet CRC som fikk tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn).

Anbefaling:

- *Loven bør endres til å omfatte en garanti for ikke-diskriminering som behandler rase/etnisitet, nasjonalitet, religion, politisk mening, kjønn, sosial status, funksjonshemming, eiendom, språk eller andre lignende kriterier.*
- *Barn, særlig de mindreårige uten ledsager og mødre med barn og eldre skal ha rett til beskyttelse og assistanse tilsvarende deres tilstand, spesielle rettigheter og behov.*

11. Klipp-og-lim-teknikk i standardsvar

En av de mest åpenbare grunnene til den lave asylandelen er bruken av standardiserte svar som viser til spesielle anførsels-kategorier. Disse forhåndsvurderte kategorier behandler anførsler som sjelden fører til beskyttelse. Det massive effektivitetspresset som legges på UDI og UNE har ført til bruk av ”klipp-og-lim”-teknikker der svarene i en standardbegrunnelse blir kopiert og plassert inn i avgjørelsene. Standardbegrunnelsene tar for seg bestemte kategorier eller bestemte spørsmål, slik som henholdsvis minoriteter og homoseksualitet. Mange av konseptene har heller en avslagorientert enn innvilgelsesorientert tilnærming. (Et merkelig unntak er UDIs konsepter for Tsjetsjenia som har det motsatte utgangspunkt.) Det er derfor mer sannsynlig at saksbehandlerne som henviser til dette materiale heller utarbeider et avslag enn innvilgelse. For eksempel omfatter konsepter for Hviterussland grunner til å avslå politiske aktivister, ofre for vold i hjemmet, homoseksuelle, ofre for kriminelle handlinger (overfall utført av ikke-statlige aktører) og personer uten arbeid. Konseptene for Pakistan inneholder anspråk for å gi avslag til politiske aktivister (PPP, PML, og KFM), ofre for sektvold, tvangsrekruttering, medlemmer av ahmadi-religionen samt konvertitter. Konseptene for Russland inneholder anspråk for å gi avslag til ofre for politikorrupsjon eller mafia, etniske minoriteter som står overfor trakassering, militærnektene og homoseksuelle. Standardbegrunnelsene gir en fremstilling av de vanligste anførselene fra det aktuelle landet. Det er imidlertid viktig å forstå at enkelte av disse spørsmålene er meget sammensatte og krever en individuell vurdering for å sikre at behovet for beskyttelse har blitt tilstrekkelig vurdert. Faktum er at spørsmålene angår forhold som i seg selv påkaller et behov for grundigere undersøkelser, slik som for eksempel minoritetsrettigheter, kjønnsforfølgelse, statens evne eller vilje til å beskytte egne statsborgere, grunnleggende ytrings-, samvittighets-, forsamlings-, og omgangsrettigheter. Det bemerkes at Amnesty International fremhevet akkurat disse spørsmålene som grunner til bekymring med hensyn til de to sistnevnte land Pakistan og Russland.¹⁵⁶ Til tross for at menneskerettighetsrapportene fungerer som bevis på de alvorlige menneskerettighetskrenkelsene, inneholder UDI's konsepter for Algerie på lignende måte anspråk for å avslå følgende:

¹⁵⁶ Se <http://www.amnesty.org>

Personer som er truet av islamister, væpnede grupper, GIA

Personer som anfører tvangsrekruttering utført enten av statlige eller ikke-statlige aktører

Personer med forbindelser med FIS

Medlemmer av berber-etnisitet og relatert politisk tilknytning

Politimenn

Kristne

Homoseksuelle

Journalister

Personer som søker å unngå generell usikkerhet og vold

Sannsynligheten for å oppnå asyl er svært liten, nettopp fordi de primære grunner for beskyttelse i det vesentlige er opphevet. På samme måte behandler konseptene for Somalia et utall spørsmål som forårsaker bekymring:

Inneholder språk som avslår ofre for klanmessig vold

Fremhever den generelle mangel på sikkerhet som ikke tilstrekkelig til å fortjene asyl

Karakteriserer handlinger som kriminelle heller enn forfølgelse per se

Avslår sannsynligheten av risiko for tvangsrekruttering

Avslår Al-Itjihad som en mulig aktør for forfølgelse

Avslår omgang med Siyad Barre som grunner for beskyttelse

Anbefaler internt fluktalternativ

De tre første spørsmålene gir grunn til bekymring for hvorvidt den individuelle vurderingen faktisk er tilstrekkelig, slik som statens evne eller vilje til å beskytte ofre mot forfølgelse utført av ikke-statlige aktører, klans egne beskyttelsesplikter som er drøftet tidligere, slik som spørsmålet om IFA i lys av tvangsforflytning. Tvangsrekrutteringsspørsmålet anses å

være betydningsfullt nok til å fortjene en individuell vurdering og ikke standardiserte svar. Eksistensen av rapporter som bekrefter tvangsrekruttering av barn bør henvises direkte til CRC-protokollen om barns engasjement i væpnede konflikter.¹⁵⁷

Noen rapporter fremhever bestemte kategorier som beskyttelsestrengende, slik som politiske aktivister eller journalister. Dette er positivt, men kan på den annen side også virke begrensende i den forstand at saksbehandlere kan være mer tilbøyelige til å avslå personer som ikke faller innenfor disse tradisjonelle kategoriene. Selv om rapportene samtidig åpner for andre spesielle forhold, gir disse ikke kriterier eller veiledning på hvordan slike saker skal vurderes. Det er derfor mindre sannsynlig at de vil bli trukket frem.

En hovedbekymring er at enkelte av UDI's konsepter inneholder standardiserte uttalelser som avslår anerkjennelse av ikke-statlige aktører som forfølgere og/eller formalistisk henviser til statens påståtte evne til å gi effektiv beskyttelse:

1. Om forfølgelse fra islamister i Irak: "Etter det direktoratet kjenner til, har islamistene i det området søkeren kommer fra, ikke truet eller gått til angrep på enkeltpersoner på en slik måte som søkeren har beskrevet. De aksjoner som har funnet sted, har vært av markeringskarakter og ikke rettet mot enkeltindivider. Fremstillingen mangler dessuten detaljer som er egnet til å sannsynliggjøre denne."

2. "Sikkerhetssituasjonen i Kosovo tilsier ikke lenger at det foreligger et generelt beskyttelsesbehov for den kosovoalbanske befolkningen. Direktoratet mener at søkeren i fremtiden ikke vil bli utsatt for reaksjoner fra hjemlandets myndigheter, enkeltpersoner eller grupper, som kan karakteriseres som forfølgelse i lovens og konvensjonens forstand."

3. "Det vises til at klanstidighetene som finnes enkelte steder i det sørlige Somalia i seg selv ikke er nok til å danne grunnlag for asyl."

*4. Somalia: "Etter direktoratets mening fremstår de reaksjoner og hendelser som søkeren * og hans*hennes familie har vært utsatt for som*

¹⁵⁷ Se FN Sikkerhetsråd, Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict, S/2002/1299 (26 november 2002) som trekker frem FN's "begrensede evne til å overvåke rekruttering eller iverksette besvarende intervensjoner på grunn av usikkerhet og mangel på adgang" i Somalia.

rene kriminelle handlinger og ikke som et ledd i en forfølgelse av personer med søkerens etniske eller sosiale tilhørighet. Slike reaksjoner danner ikke grunnlag for asyl.”

5. *Algerie: ”Det forhold at søkeren har blitt presset for penger*, truet*, mottatt trusselbrev* fra islamister*, de væpnende gruppene*, GIA*, islamistiske grupperinger*, danner ikke grunnlag for asyl. Direktoratet mener videre at søkerens frykt for represalier hvis han avslår å gi penger til islamistene, ikke er et forhold som danner grunnlag for asyl. De overgrep som søkeren frykter å bli utsatt for faller utenfor konvensjonens rekkevidde, ved at forfølgelsesbegrepet i lovens og konvensjonens forstand ikke omfatter overgrep som er en følge av kriminell virksomhet. Direktoratet mener i tilknytning til denne anførselen at søkeren kan oppnå beskyttelse hos hjemlandets myndigheter.”*

6. *Russland; mafia eller kriminelle handlinger: ”De forhold søkeren anfører som grunnlag for sin søknad om asyl kan ikke knyttes til noen av forfølgelsesgrunnene i flyktningkonvensjonen, og danner ikke grunnlag for asyl. Dette er kriminelle forhold som er straffbare etter russisk straffelov. Søkeren henvises til å søke bistand hos hjemlandets myndigheter.”*

”Utlendingsdirektoratet er kjent med at det kan forekomme trakassering og overgrep mot jøder i Russland, bl.a. fra nasjonalistiske organisasjoner som RNE. Slike organisasjoner har imidlertid liten støtte i den russiske befolkningen og russiske myndigheter tar avstand fra og jobber aktivt mot antisemittiske holdninger. Ut fra direktoratets kjennskap til jødernes situasjon i Russland, er de ikke i en slik situasjon at de generelt har behov for beskyttelse etter flyktningkonvensjonen. De hendelsene søkeren anfører å ha blitt utsatt for er kriminelle forhold som er straffbare etter russisk straffelov, og søkeren henvises til å søke bistand hos hjemlandets myndigheter.”

7. *Hviterussland: Kjønnrelatert: ”Utlendingsdirektoratet er kjent med at hviterussisk politi vegrer seg for å gripe inn i familievoldssaker, og at hvis de gjør det, så rydder de ofte bare opp i den aktuelle situasjonen uten noen videre oppfølging av problemet. Utlendingsdirektoratet er imidlertid også kjent med at denne problematikken har fått større oppmerksomhet i dagens Hviterussland. Det er i de siste årene opprettet en rekke støtteorganisasjoner og krisesentra som hjelper kvinner som har kommet i en situasjon som søkeren.”*

”Utlendingsdirektoratet er kjent med at homofile er utsatt for sosial intoleranse i det hvitrusseriske samfunn og at trakassering av homofile fra både private og fra myndighetspersoner forekommer. Homofil praksis ble

imidlertid avkriminalisert i Hviterussland i 1994. Ut fra direktoratets kunnskap om forholdene i landet driver homofile grupper og organisasjoner i landet sin virksomhet forholdsvis fritt, selv om slike grupper har vanskeligheter med å bli registrert hos myndighetene. Etter direktoratets oppfatning blir ikke homofile som gruppe utsatt for en behandling verken fra myndigheter eller privatpersoner på en slikt nivå som gjør at de generelt har behov for beskyttelse etter flyktningskonvensjonen.”

Kriminelle handlinger: ”De overgrep og handlinger søkeren har vært utsatt for, må i utgangspunktet anses som kriminelle handlinger. Søkeren må derfor henvises til å søke bistand hos hjemlandets myndigheter. Utlendingsdirektoratet er kjent med at deler av politi- og rettsvesenet i Hviterussland kan fungere dårlig og at bestikkelser kan forekomme. Ut fra direktoratets kjennskap til forholdene i søkerens hjemland, har direktoratet ikke holdepunkter for å legge til grunn at hviterussiske myndigheter generelt mangler vilje og evne til å beskytte borgere mot kriminelle overgrep.”

Bredden på sakene som ikke anses å fortjene beskyttelse her er stor. Det er bekymringsverdig at det er direkte samsvar mellom de ferdigdefinerte sakene og temaer som ifølge menneskerettighetsorganisasjoner anses å fortjene internasjonal oppmerksomhet. Det er likevel mest bekymringsverdig at de standardiserte begrunnelsene blir anvendt på et bredt spekter av saker. Begrunnelsene har som oftest en generell henvisning til kriminelle handlinger som brukes som referanse for vurdering av represalier for politisk aktivitet, voldtekt, tortur, intervensjon i hjemmet, osv. På grunn av at begrunnelsene for avslag er tatt ut av sin sammenheng, er det vanskelig for UDI å utvikle en konsekvent praksis med hensyn til behandling av forfølgelse fra ikke-statlige aktører. Det er videre en rettsikkerhetsmessig bekymring at den standardiserte begrunnelsen krenker rettigheten til individuell analyse. Det er mer enkelt og effektivt å klippe og lime fra konsepter enn å utforme individuelle begrunnelser. En slik praksis kan undergrave asylsøkerens rettssikkerhet i forhold til spørsmålet om og i hvilken utstrekning det er foretatt en individuell vurdering, når begrunnelsen er ferdig før anførlene er presentert. Mange av avgjørelsene har identisk ordlyd, slik at det kan være vanskelig å skille vurderingen i en sak fra en annen. I tillegg til dette gir bruken av standardsvar et galt inntrykk av at det ikke ligger noen vurdering bak vedkommende avgjørelse. Fordi hver asylsøker er et individuelt menneske med en bestemt historie, bør et offentlig vedtak inneholde en vurdering av sakens unike forhold.

Det bør også merkes at praksisen også er demotiverende for saksbe-

handlerne. Istedenfor å bli oppmuntret til å bruke sine individuelle analytiske evner, resonnering, kunnskaper og kreativitet i vedtakene, blir saksbehandlerne hindret av klipp-og-lim-teknikker som isteden tilgodeser generell politikk og ”effektivitet”. Denne strategien fratrar saksbehandlere muligheten til å nyte intelleuell stimulering i utøvelsen av sin funksjon, og arbeidet blir kjedelig og samlebandsaktig av klipp-og-lim-teknikkene. Enkelte saksbehandlere i UDI uttalte at det ble ventet at de produserte en avgjørelse per dag, et mål som det ikke alltid var mulig å nå på grunn av visse sakers kompleksitet. Saksbehandlerne innrømmet at det var en tendens at det ble utført en gruppevurdering istedenfor individuell vurdering, selv om de arbeidet for å endre dette.

Effektivitetspresset synes å være en viktig grunn til hvorfor vurderingen noen ganger ser ut til å være ufullstendig. Det er tidkrevende å utføre en grundig undersøkelse av spørsmål. I en av sakene virker saksbehandleren usikker på sin egen analyse og velger å lime inn et ekstra argument uten i tilstrekkelig grad å knytte den til sakens fakta. Advokaten krevde med rette en forklaring for denne argumentasjonen uten å få svar. Andre advokater klager over at svarene de får ikke har noen direkte forbindelse til sakens anførsler og de spørsmål som søknadene reiser. Dette avdekker viktigheten av å ha advokater med en overvåkningsfunksjon innenfor utlendingsfeltet.

En følge av denne måten å arbeide på, er at saksbehandlingen fra begge sider er en kontinuerlig syklus med hermetiske argumenter og svar, fordi enkelte asyladvokater som tidligere var saksbehandlere i UDI også gjentar teknikken når de fremlegger argumenter. Advokaten kan bruke de samme argumentene for mange klienter, slik at verken anførselene fra advokaten eller svarene fra UDI er originale. Dette vanskeliggjorde saker i UNE-sekretariatet, som gjentok UDI’s standardsvar uten nødvendigvis å avdekke en særskilt vurdering (selv om mange av disse sakene er åpenbart grunnløse eller Dublin-saker). Enkelte asylsøkere kan derfor bli fratatt en utførlig drøftelse av sakens individuelle forhold. De sakene som anses å ha bekymringsverdige forhold som kan danne grunnlag for beskyttelse blir imidlertid forelagt en høyere instans for nærmere gjennomgang.

Nemnd-sakene omfattet en spesielt grundig analyse:

- For eksempel sak EN. Her blir det foretatt en grundig vurdering av en desertør/militærnektet fra Russland, selv om saksbehandleren ikke er enig i konklusjonen. Søkeren forlot sin stilling som kaptein i den russiske hær fordi han tok avstand fra menneskerettighetsbruddene som fant sted i Tsjetsjenia (etnisk rensing, kriminelle handlinger, og terrorhandlinger). Hans overordnede fortalte ham at han kunne tjene penger ved å gjennomføre utpressing av lokalsamfunnet. Han anså også krigen for å være ulovlig under folkeretten. Han viste videre til sin religiøse overbevisning som forhindret ham i å utføre militære handlinger. Endelig påstår han å ha blitt forfulgt av sin overordnede som arresterte ham, tok fra ham sine papirer, overfalt ham, nektet ham arbeid og anklaget ham på falskt grunnlag. UDI avslo og bemerket:

“Desertering vil som hovedregel ikke gi grunnlag for asyl. Direktoratet kan ikke se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen i dette tilfellet. Ut fra direktoratets kjennskap til forholdene i Russland vil søker ikke risikere urimelig straffeforfølgning på grunn av dette forhold . . . Søkers anførsler er heller ikke av en slik karakter at de sannsynliggjør et beskyttelsesbehov i Norge i henhold til loven og konvensjonen.”

UNE vurderte om søkeren ville risikere “uforholdsmessig streng straff på grunn av forholdet, eller deltakelse som er i strid med vedkommendes genuine politiske, religiøse eller moralske overbevisning. Det er imidlertid ikke nok at man er uenig i for eksempel myndighetenes politikk i forbindelse med konkrete militære aksjoner. Spørsmålet vil i slike tilfeller normalt være om den militære aksjonen er fordømt av det internasjonale samfunn fordi den anses i strid med grunnleggende menneskerettigheter.”

Man kan hevde at motstanden til en bestemt politikk om militære aksjoner er en politisk mening i seg selv. UNE avslo på grunn av manglende internasjonal fordømmelse av aksjonen (også fordi den ikke var fordømt av den norske regjeringen). I henhold til ECHR art. 9 om samvittighetsfritak anses ikke søkeren å ha rett til å nekte militærtjeneste fordi artikkelen ikke tillater slik tolkning (selv om dette er omtvistet blant teoretikere). Saksbehandleren uttaler likevel at søkeren aldri hadde et problem med krigen i Tsjetsjenia fra 1994-2000, at det synes å bekymre ham kun når han faktisk ble sendt dit. Saksbehandleren uttaler videre at faktum ikke påviser noen diskriminering om rekruttering, og at dette beskyttelsesgrunnlaget derfor ikke kan anvendes.

Annenhåndsbehandleren instruerte saksbehandleren til å anse den juridiske behandlingen som rettferdig, til tross for klager om korrupsjon. Hun uttalte at bare et lite antall personer blir rettsforfulgt og gitt amnesti. Saksbehandleren henviste til svensk, dansk, britisk og amerikansk praksis for å nekte desertører og militærnekttere asyl.

UNE fant ikke grunnlag for humanitær beskyttelse, til tross for at NOAS fremhevet tilfeller av fysisk overfall, tortur, risiko for tuberkulose (uttalt fra Norges helseambassadør i Russland, som uttalte at det ville være en grov handling å sende en person til soning i et russisk fengsel), og umenneskelige forhold i russiske fengsler. NOAS viste også til en Amnestyrapport og en British Home Office-rapport som behandlet utenrettslige drap på desertører og elendige fengselsforhold. UNE's eget Russland-notat uttalte at selv om Grunnloven anerkjenner en rett til alternative måter å sone en straff på, er det ingen de facto mulighet for slik. De facto straff er 2 år i fengsel (på papiret er det 7 år). Annenhåndsbehandleren fortalte saksbehandleren at selv om fengselsforholdene ikke er av de beste, arbeides det for å forbedre dem. Avgjørelsen bemerket at:

“Straff for desertering i klagerens tilfelle vil etter nemndas syn ikke være å anse som uforholdsmessig streng straff, selv når en tar i betraktning generelle opplysninger om forholdene i russiske fengsler. Generell frykt for å bli smittet av tuberkulose kan ikke endre denne vurderingen.”

Selv om søkeren blir avvist, utfører saksbehandleren en grundig analyse av de relevante kriterier for gjennomgåelse av saken, og henviser direkte til UNHCR's håndbok avsnitt 171.

- UNE-sak EO handlet om en kvinne av tsjetsjensk etnisitet fra Russland hvis mann ble drept på grunn av sin støtte til opprørerne, og hvor søkeren selv ga soldatene medisiner. Hun ble istedenfor asyl innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn av UNE, på grunn av den generelle humanitære situasjonen i Tsjetsjenia, helsemessige forhold og datterens mulighet til skolegang. Det ble foretatt en utmerket vurdering i merknadene som behandler beskyttelseskategoriene risiko for forfølgelse, statens ansvar, troverdighet og uanvendelighet av IFA. Jeg foreslår at hun kunne ha fått asyl på grunn av sosial gruppe eller tillagt politisk mening.

Vedtaket må betraktes som en mulighet til å opplyse og utdanne praktiserende og samfunnet om de relevante beskyttelsesgrunnlagene og utlendingsmyndighetenes tolkning av dem. Bruken av klipp-og-lim, sammen med adskilte (interne) merknader og det offisielle vedtaket hemmer en slik funksjon, krenker rettssikkerhetsnormene og fremmer misforståelse av flyktingelovgivningen og UDI/UNE's praksis og politikk. Et annet vanlig fenomen er en manglende vurdering av relevante spørsmål. Avgjørelser kan fremheve flere spørsmål uten å drøfte noen av dem i detalj;

- UDI – sak EP handlet om en kvinne som ble voldtatt av politiet og sin svigerfar. I merknadene ga UDI uttrykk for bekymring for søkerens faktiske adgang til rettsmidler i en situasjon hvor politiet selv er overgriperne. Selv om søkeren ble innvilget humanitær beskyttelse, ga avgjørelsen liten veiledning på hva som var terskelen for å stadfeste manglende beskyttelse på nasjonalt nivå. Saksbehandlerne identifiserte sosial gruppe som den relevante kategori, men annenhåndsbehandleren uttalte at forfølgelsen ikke falt under konvensjonsgrunnene – og klassifiserte derfor forholdene som kriminelle handlinger som ikke dekkes av konvensjonen. Til tross for at saksbehandleren fant søkeren troverdig og anså saken for å være blant de verste hun noensinne hadde sett, innvilget UDI kun humanitær beskyttelse.

Til tross for denne sammenhengen foretar mange saksbehandlere i UDI utførlige vurderinger av juridiske spørsmål og endog moralske bekymringer. Disse er imidlertid ikke en del av det offisielle vedtaket, men er en del av de interne merknadene. Visse saker omtalt i denne rapporten viser nettopp dette, som for eksempel:

- Sak EQ handlet om en kvinne fra Kroatia hvis far ble anklaget for krigsforbrytelser. Saken var et godt eksempel på uavhengig resonnering, argumentasjon og forskning.
- Sak ER handlet om en kvinne fra Somalia som ble tvangsgiftet, voldtatt og mishandlet og inneholdt en utmerket analyse av kjønnsforfølgelse som førte til innvilgelse av asyl.
- Sak ES dreide seg om en kvinne fra Pakistan som opplevde grov vold i hjemmet og til slutt skilte seg fra sin mektige mann. Hun ble innvilget tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn,

delvis på grunn av “*søkers vanskelige sosiale situasjon i hjemlandet*”. Avgjørelsen som avslår asyl er basert på meninger om at vold i hjemmet ikke nødvendigvis er dekket under konvensjonen, og at det derfor ikke er en risiko for forfølgelse. UDI rådet henne til å søke beskyttelse fra staten men drøftet ikke dødstrusselen, mannens inflytelsesrike kontakter, adgang til rettsmidler i Pakistan eller menneskerettighetsrapporter. Imidlertid ble sentrale flyktninge-, og menneskerettighetsspørsmål direkte behandlet i merknadene: de identifiserte sosial gruppe som den relevante beskyttelseskategori, fastslo kjønnsforfølgelse og bekreftet tilstedeværelsen av politikorrupsjon og diskriminering mot kvinner som opplever vold i hjemmet. Dette kom ikke ut i det offentlige rom, og derfor ble ingen gjort oppmerksom på at denne vurderingen ble foretatt fordi det vedtaket som ble publisert hadde en helt annen tilnærming.

- Sak ET handler om en kvinne fra Afghanistan som ble innvilget humanitær beskyttelse istedenfor asyl, selv om hun ble pisket og truet av Taliban fordi hun arbeidet som en sminkør, gikk alene, viste hendene og brukte hvite sko. UDI foretok en god drøftelse om sosial gruppe i merknadene og behandlet diskriminering av kvinner, men asyl ble ikke innvilget.
- Sak EU handlet om en mann fra Somalia som var forfatter og skrev om konfliktene i Somalia. Han ble fengslet, torturert og fikk dødsdom mot seg. Denne avgjørelsen inneholdt en utmerket forfølgelsesanalyse og bruk av tvilen-til-gode i merknadene. Verken asylsøkeren eller advokaten ble derfor gjort oppmerksom på de sentrale drøftelsene som lå til grunn for den endelige avgjørelsen. Dette gir ikke bare grunn til å stille spørsmål ved rettssikkerheten fordi asylsøkeren i slike tilfeller berøves for kunnskap som kan gi grunnlag for klage, men det hemmer også spredning av flyktningepolitikk og praksis fra UDI til advokater og offentligheten. En annen grunn til hvorfor denne teknikken bør forlates er fordi den hemmer gjennomsiktighet i systemet. Det er vanskelig å utvikle en sammenhengende flyktningep praksis når saksbehandlere ikke viser sitt resonnement for advokaten. Drøftelsen om grunnene for asyl i motsetning til humanitær beskyttelse er skjult.

- I sak EV presenterte UDI en solid forfølgelsesvurdering som særlig trakk frem kidnapping, tvangsekteskap, voldtekt og juling som utgjorde grov mishandling. Dette falt inn under både nasjonal og internasjonal standard. UDI formulerte en kategori for beskyttelse under sosial gruppe-standard. I tillegg ble det fremhevet at søkeren risikerte at hennes egen familie ville sende henne tilbake til ektemannen ved retur til hjemlandet.¹⁵⁸ Det er synd at den utmerkede analyse kun forefinnes i merknadene. Dersom vurderingen hadde fått plass i selve vedtaket, kunne den ha tjent som nyttig praksis for både advokater og andre saksbehandlere i tillegg til UNE/UDI.

De hermetiserte begrunnelsene blir gjentatt på begge nivåer, (men mindre vanlig i nemnd-avgjørelser) og den manglende individuelle vurderingen opprettholdes. Det kan være at utlendingsmyndighetene ikke er villige til å utføre en progressiv praksis. Dette synes å være en av grunnene til hvorfor det er manglende klarhet på hvilke grunnlag det blir innvilget asyl i Norge.

Anbefaling:

- *UDIs og UNEs bruk av standardsvar bør elimineres. Vurderingen i merknadene bør gjøres i vedtaksform.*

Kjede-refoulement

Selv om Dublin-sakene ikke var av primær interesse for denne undersøkelsen, var enkelte av de mest imponerende vurderinger utført av saksbehandlere som ikke var enige i vurderingene som ble utført av utlendingsmyndighetene i andre land, slik som Sverige og Danmark. Saksbehandlerne som gransket vurderingene og traff en annen avgjørelse enn sine motparter i andre land utviste troskap til prinsipper om rettssikkerhet og menneskeret-

¹⁵⁸ Sak EW inneholder også en umerket analyse i merknadene. Saksbehandleren forklarer standarden "unge jenter som er i fare for å bli kidnappet og er ikke villige til å delta i slikt." Hun siterer Fatin-saken så vel som Einarsen. Hun bemerker fravær av beskyttelse av både statlige og ikke-statlige aktører.

tigheter generelt. Forutsatt muligheten til å returnere asylsøkere til en annen stat gjennom Dublin-systemet, er det vesentlig at saksbehandlerne blir oppmuntret til ikke å være selvtilfreds med hensyn til menneskerettighetsbeskyttelsen. UDI og UNE bør være oppmerksom på anerkjennelsesandelen for hver enkelt nasjonalitet i returlandene, i tillegg til eksistensen av sikre tredjelands-avtaler med nasjoner utenfor Europa. Faren er tilstede for at ettersom begge institusjonene blir ilagt økt effektivitetspress, blir gjennomgåelsen av disse sakene hurtige, og saksbehandlerne må derfor være varsomme med å engasjere seg i formalistisk analyse som overser beskyttelsesspørsmål. Ved å returnere asylsøkere til land som har/eller vil antagelig krenke non-refoulement-prinsippet, risikerer Norge endelig ansvar for å utføre "kjede-refoulement" som er forbudt etter utlendingslovens §15.

12. Avsluttende bemerkninger

Gråsonen mellom asyl og humanitær beskyttelse kan minskes ved et forsterket samarbeid mellom utlendingsinstansene. På UDI-nivå synes enkelte saksbehandlere å ta i bruk en strategi der de avslår tvilssaker som angår et bestemt spørsmål eller en vanskelig og sammensatt situasjon. Saksbehandlerne antar at asylsøkeren automatisk vil fremme en klage til UNE, som forventes å gi et signal til UDI om hvordan slike saker skal håndteres.¹⁵⁹ Denne taktikken lykkes ikke alltid, særlig i de saker hvor UNE-sekretariatet med minimal variasjon anvender det samme språk og de samme anførselene som UDI.

På UNE-nivå synes det å være en oppfatning at det er svært få saker som kan føre til innvilgelse av asyl. Dette skyldes oppfatningen om at mange tvilsaker blir innvilget humanitær beskyttelse i på UDI-nivå, og at det ikke blir inngitt klage i disse sakene. En av grunnene til slik praksis kan være saksbehandlerens frykt for eller usikkerhet med å begynne på en vanskelig og sammensatt asylvurdering, og derfor synes at det blir lettere å innvilge humanitær status. Det virker som om klagesaker ofte anses for å omfatte spørsmål ut over ”gråsonen”. Sekretariatet anfører at sakene deres i hovedsak består av åpenbart grunnløse saker. Det eksisterer derfor en høflig praksis om vanligvis å opprettholde UDI’s vedtak (ofte med samme språkbruk). Sekretariatet har aldri omgjort en avgjørelse til asyl, fordi saker som handler om et beskyttelsesspørsmål antas å være lagt frem for videre vurdering på et høyere nivå.

Det kan være noe skepsis mot progressiv praksis som følger av full nemndbehandling. To av nemndas medlemmer kan stemme for innvilgelse av asyl i saker hvor sekretariatet i henhold til tidligere praksis ikke ville ha innvilget slik beskyttelse. Utvikling i beskyttelsesprinsipper kan tenkes å være en følge av eksterne aktørers deltagelse, hvor enkelte blir identifisert ved forskjellige former for advokatvirksomhet innenfor menneskerettigheter, og derfor skaper tvil om analysens objektivitet. Under forutsetning av at en sak alene ikke er tilstrekkelig til å skape en bindende praksis, kan sli-

¹⁵⁹ Enkelte UDI saksbehandlere påpeker at UNE har en tendens til å omgjøre deres avgjørelser når det gjelder barn, for derved å indikere en politikk av å forbedre beskyttelse for denne sårbare kategorien.

ke avgjørelser enkelte ganger bli sett på som ”ufarlige” avvik. I forhold til tolkning av menneskerettighets-og flyktingelovgivningen bør det merkes at en institusjonell motstand mot nyskapende tilnærminger faktisk kan være positiv, idet de eksterne aktørers deltagelse kan gjenspeile endringene i menneskerettighetsbeskyttelsen. Til en viss grad kan eksterne aktører faktisk være bedre oppdatert på utviklingen, eller de kan være mindre opptatt enn UNE når det gjelder å åpne dørene for en bølge av nye søknader gjennom sin innvilgelse av asyl. Hver sak krever en individuell vurdering av søkerens subjektive frykt for forfølgelse (uavehengig om mange andre deler samme frykt). Canadiske statistikker viser imidlertid ingen søknadsflom, til tross for anerkjennelse av kjønnsrelatert forfølgelse.¹⁶⁰ Antallet kvinnelige asylsøknader forble det samme som før. Det synes å ligge et press på utlendingsmyndighetene til å innskrenke innvandringsstrømmen, som blir slått sammen med beskyttelsesanalysen. Flyktingespørsmål bør skilles fra generelle innvandringsspørsmål.

Som nevnt tidligere synes UNE å være tilbakeholdne med hensyn til å engasjere seg i utvikling av praksis som avviker fra gjeldende praksis. Dette muligens på grunn av frykt for å bli beskyldt for å engasjere seg i “politikk” eller å undergrave asylsøkernes rett til likhet for loven. På grunn av for stor tillit til fortiden holdes utviklingen av utlendingslovgivningen tilbake uten å stille spørsmål ved om det faktisk kan være i strid med asylsøkernes rett til en rettfærdig avgjørelse, i lys av en endret forståelse av beskyttelsesbehov og rettigheter.

Dette perspektivet hviler videre på en forestilling om at utlendingsmyndighetenes egen praksis ikke inneholder variasjoner blant saksbehandlerne og de enkelte avdelinger. Jeg fant imidlertid et mangfold av tilnærminger til flyktingebeskyttelse blant de enkelte saksbehandlere og asylavdelinger. Istedenfor å frykte mangfold bør saksbehandlerne få oppmuntring til å bli trygge på å drøfte ulike meninger om ”gråsonespørsmål” innenfor flyktingelovgivningen.

Ledere i UDIs asylavdelinger uttaler at de har fått signaler om å heve asylandelen og betrakter vurderingen av avdelingens prestasjoner å være

¹⁶⁰ Kvinner utgjør fortsatt bare 34-39% av asylsøkere i Canada, tall som ble sitert av Nahla Valji og Lee Anne De La Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination* (The University of Cape Town Legal Aid Clinic 1999).

koblet til denne andelen. Denne holdningen synes ikke å være fulgt i UNE. Det uttales imidlertid fra UDI's side at signalene ble gitt uten medfølgende retningslinjer om hvordan asyl innvilges – dvs. hvilke standarder som skal legges til grunn og hvilken type saker som fortjener en oppgradert beskyttelse.

- Et underlig eksempel som viser denne manglende klarheten på hvordan man skal gå frem for å heve asylandelen forefinnes i sak N. Denne handler om en mannlig tsjetsjensk søker som ble arrestert av russiske styrker og grovt mishandlet på grunn av sitt politiske engasjement og etniske bakgrunn. Huset hans ble brent ned til grunnen og broren hans ble drept. I merknadene uttaler saksbehandleren: *“I tillegg har vi fått beskjed . . . at vi skal være rausere med å gi asyl i tvilstilfeller”*. UDI innvilger likevel bare humanitær beskyttelse (videreutdanning i flyktingerett ville ha hjulpet saksbehandleren med å identifisere handlingene som forfølgelse og derved også grunn til å innvilge asyl).

Det er uklarhet rundt hvordan politiske endringer kan settes ut i praksis og hvilke aktører som motsetter seg innvilgelse av asyl. Når det er tvil later de enkelte saksbehandlerne i UDI å være mer tilbøyelige til å innvilge humanitær beskyttelse.

- Sak FZ handler om en mann fra Kongo som deserterte fra Mobutus militære styrker og risikerte vilkårlig arrestasjon og derfor muligens sitt liv etter ordre fra Kabila. Tvilen kommer ham til gode, men UDI finner ikke noen beskyttelsesgrunn i ”sosial gruppe” eller ”politisk mening” og innvilger derfor bare humanitær beskyttelse. Dette til tross for at saksbehandleren henviser til ECHR's garanti mot umenneskelig behandling i forbindelse med en Amnesty-rapport som bekrefter opprettholdelse av praksis med en avdeling for dødsdømte i Kongo.

Saksbehandlere og advokater har et behov for videre utdannelse i menneskerettigheter, humanitærrett og flyktingelovgivning. Deres opplæringstid er for kort, og enkelte saksbehandlere i UDI får kun en dags opplæring i teoretisk flyktingerett. Menneskerettigheter og humanitærrett blir ikke tilstrekkelig dekket. Mangel på opplæring skaper usikkerhet blant saksbehandlerne, som i sin tur hemmer deres selvtillit i jobben. Usikkerhet rundt forståelsen av anvendeligheten og relevansen av den internasjonale

arenas utvikling fører derfor til en defensiv og trangsynt praksis som i hovedsak retter seg etter tidligere praksis. Andre ganger stoler saksbehandlerne på sine spesifikke landkunnskaper for å tilbakevise relevansen av de juridiske beskyttelsesstandardene. Dette fører til en kamp mellom kunnskapene om sammenhengen og teorien – for eksempel bemerket et stabsmedlem at retningslinjer om kjønnsdiskriminering på arbeidsplassen ikke var relevant for hans saker fra Sudan, men at de kanskje var mer anvendelig på andre land.

De ansatte bør opplyses om at de faktisk er “menneskerettighetsoffiserer” som har til oppgave å opprettholde standardene i disse instrumentene. Koblingen mellom deres arbeid og humanistiske normer kan inspirere dem til å utføre en rettfærdig og grundig undersøkelse av søknadene. Det nåværende de facto motto i systemet synes å være “å etterstrebe effektivitet”, men bør endres til “respekt for menneskeverd”. Saksbehandlerne kan virkelig være effektive når de på en slik måte får følelsen av å nå et høyere mål i sitt arbeid. Det bør videre arrangeres spesielle kurs om kvinnespørsmål, minoritetsrettigheter og barns rettigheter osv. Videreutdanning om de psykologiske, sosiologiske og også medisinske aspekter av flyktningeopplevelsen bør også komme i stand. Den positive ledelse fra UDI-direktør Trygve Nordbys side, viser at det er vilje i lederskapet til å gjennomføre endringer i praksis for å opprettholde standardene i 1951-konvensjonen om flyktningestatus og relevante menneskerettighetsinstrumenter.

Som på en treffende måte er bemerket av assisterende direktør i UDI, Manuela Osmundsen, er det et behov for å skape et intellektuelt miljø i UDI for å stimulere følelsen av at flyktningearbeid er en vitenskap i seg selv, bestående av tverrfaglige innflytelser. Det synes som om UDI allerede har påbegynt en slik overgang og at ledelsen anerkjenner de ansattes behov og interesser.

Dette initiativet kan sammenlignes med at UNE-direktør Terje Sjeggstad oppmuntrer sine ansatte til å få en større forståelse av det teoretiske grunnlaget for beskyttelse gjennom utarbeidelse av ”fagnotater”, invitasjon av gjesteforelesere og videreutdanning. Han har videre anmodet om oppstart av et utdanningsprogram innenfor menneskerettigheter. De ansattes høye intellektuelle kapasitet og nysgjerrighet fortjener anerkjennelse.

Både saksbehandlere i UNE og UDI er engasjert i å opprettholde de

overordede mål fra 1951 –konvensjonen. De viser videre et bredt spekter av tverrfaglige perspektiver som er nødvendig for å utføre en helhetlig vurdering av menneskelige beskyttelsesbehov, i tillegg til et sterkt initiativ til å skape større forståelse for flyktingelovgivningen. Selv om det er viktig å påpeke områder med forbedringspotensiale, er det også like viktig å erkjenne at saksbehandlere utfører en viktig funksjon i samfunnet. De tar sitt arbeid alvorlig og fortjener respekt for den profesjonalitet som de viser. Å gi beskyttelse til de som trenger det er en edel oppgave; deres anstrengelser som stedfortreder for en sviktende opprinnelsesstat søker å lindre en menneskelig lidelsestilstand. I lys av dette fortjener saksbehandlerne og de institusjonene som de arbeider for en høyere grad av respekt innen samfunnet.

Den viktigste faktoren i oppmuntringen av videre utvikling er at KRD, politiske aktører og medier reduserer ”produktivitetspresset” på institusjonen med hensyn til kvantitet, og isteden tar imot initiativer til å utvikle kvaliteten på vurderinger for å oppfylle beskyttelsesrollen og opprettholde de standarder som 1951-konvensjonen inneholder.

Anbefaling:

- *UDI har nylig ansatt en særskilt juridisk rådgiver til å arbeide med implementeringen av menneskerettigheter i praksis. Det kan imidlertid være behov for flere ansatte for å utarbeide nye juridiske retningslinjer for ”tvilssaker”, for saksbehandleres interne bruk.*
- *UDI bør etablere avdelinger for å behandle bestemte spørsmål, slik som kjønnsforfølgelse, tvangsrekruttering, eksklusjon og andre spørsmål som krever spisskompetanse. Dette vil gi ledende saksbehandlere anledning til å konsentrere seg på komplekse temaer og utvikle en sammenhengende praksis forbundet med beskyttelsesprinsipper, snarere enn å følge generell politikk om opprinnelseslandet.*
- *På samme måte bør UNE ansette en særskilt juridisk rådgiver for å utarbeide informasjon om utviklingen av menneskerettigheter, flyktingeteori og rettspraksis, fordi saksbehandlerne har ofte ikke tid til å holde seg ajour med endringene på det internasjonale plan.*

13. Konklusjon

I det følgende presenterer jeg i listeform konklusjonene angående den lave asylandelen, grunnene for å innvilge humanitær beskyttelse, forslag til juridisk reform og forslag til systemisk reform for å eliminere ”gråsonen”.

13.1 Konklusjoner om den lave asylandelen

Forfatterens konklusjon er at den lave asylandelen er et resultat av følgende faktorer:

Manglende klarhet og omfang i Utlendingsloven med tanke på asyl, humanitær beskyttelse og tillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn

Manglende kunnskaper om menneskerettigheter, flyktningslovgivning samt humanitærrett hos saksbehandlere og advokater. Dette fører til: Innskrenkende tolkning av beskyttelseskategoriene:

politisk mening

Henvisning til politisk aktivitet snarere enn politisk mening

Manglende henvisning til tillagt politisk mening

Elitisk anvendelse av politisk mening – ledere blir begunstiget på bekostning av ikke-ledere

sosial gruppe

Mangel på harmoniserte bevisbyrdestandarder mellom asyl og non-refoulement-avgjørelser, opprettholdelse av en uforholdsmessig høy bevisbyrdestandard

Opprettholdelse av de facto dualistisk tilnærming til menneskerettighetsrollen i det nasjonale juridiske system

Press fra myndigheter og medier til å opprettholde en restriktiv politikk

Sammensmelting av generell immigrasjonspolitik med politikk om beskyttelse av flyktninger

Opprettholdelse av en kultur hos utlendingsmyndighetene som går ut på eksklusjon basert på tillit til tidligere praksis, i motsetning til utviklingen i teori eller internasjonal/komparativ rettspraksis

Begrenset anerkjennelse av forfølgelse fra ikke-statlige aktører og forfølgelse som finner sted i situasjoner som involverer generalisert vold eller langvarig konflikt

Unnlatelse av å identifisere blandede motiver i saker som omfatter handlinger som slår sammen kriminelle motiver med forfølgelsesmotiver koblet til konvensjonens beskyttelseskategorier

Unnlatelse av å identifisere blandede motiver for utvandring; at økonomiske spørsmål kan opptre sammen med frykt for forfølgelse

Begrenset bruk av kumulativ analyse av brudd på menneskerettigheter som utgjør felles forfølgelse (sosial, økonomisk, sivil og politisk)

Bruk av komparativ standard i saker som oppstår fra langvarig konflikt. Søkere må vise at de er i større fare enn andre istedenfor at saken vurderes med hensyn til søkerens egen velbegrunnede frykt, uten hensyn til mange andre er i en lignende situasjon.

Anførsler fra advokater og NGO'er er slått sammen – fusjon av anførsler om asyl og humanitær beskyttelse

Sammenslått analyse av bevis og beskyttelsesspørsmål hos saksbehandlerne, avgjørelser er mer basert på troverdighet enn beskyttelsesbehov – mangel på retningslinjer for bevis/troverdighetsvurderinger

Feilaktig samling og vurdering av bevis fra advokater og/eller saksbehandlere – advokater kan unnlate å fremlegge underbyggende bevis, saksbehandlere kan unnlate å behandle slikt bevis når det blir satt frem.

Bruk av standardsvar fra utlendingsmyndighetene som blir drøftet mot eksklusjon fra beskyttelse

Bruk av standardkonsepter fra advokater som ikke presenterer fullstendige argumenter eller identifiserer alle relevante beskyttelsesspørsmål

eller standarder

Utilstrekkelig vurdering av tidligere forfølgelse som bevis på fremtidige forfølgelse, mangel på anerkjennelse av et sammenhengende beskyttelsesbehov som forfølgelse, vekslende vektlegging på tidligere hendelser og fremtidige forhold, avhengig av hvilke fakta som fremmer eksklusjon

Mangel på tilstrekkelig analyse om trusler for forfølgelse ved retursituasjoner etter bosetting, formalistisk tillit til internasjonale organisasjoners tilstedeværelse for å rettfærdiggjøre manglende funn av beskyttelsesbehov

Feil anvendelse av det interne fluktalternativ i tvangsforflytningskriser Mangel på omfattende retningslinjer for å fastsette kriterier for slik vurdering

Utilstrekkelig kommunikasjon i og mellom institusjonene

Manglende bruk av unntaket til opphørsklausulen i 1951-konvensjonens art. 1 C 5

Urimelig produktivitetspress; kvantitet fremfor kvalitet (beskyttelse viker for produksjon)

Tendenser mot gruppevurdering, basert på nasjonalitet, etnisitet, kjønn osv. i UDI. Innvilgelse av asyl, humanitær beskyttelse, eller avslag er koblet til gruppedlemskap fremfor en individuell vurdering

Tendenser av aldersskjevhet i asylvurderingsprosessen – mangel på ikke-diskrimineringsstandard i loven, fravær av retningslinjer om kvinner og barn

Høyt antall åpenbart grunnløse søknader, delvis på grunn av mangel på regulære utvandringsalternativer

13.2 Konklusjoner vedrørende valg av humanitær beskyttelse istedenfor asyl

Grunnene til valg av humanitær beskyttelse istedenfor asyl er:

Bruk av en lavere bevisbyrde for non-refoulement-vurderingen, som innvilger humanitær beskyttelse basert på en trussel om forfølgelse, i motsetning til asylavgjørelsen, som også er betinget av en vurdering om at det foreligger en trussel om forfølgelse. Søkeren tilfredsstiller ikke bevisstandard for risiko for fremtidig forfølgelse (“med rette”), men kan tilfredsstille den lavere standard av frykt for forfølgelse (“kan frykte”)

Bruk av en høyere bevisstandard for trussel innebærer at trussel om tortur gir humanitær beskyttelse, i motsetning til standarden i asylvurderingen

Mangel på henvisning til “subjektive” kriterier som er relevante for å fastslå ”velbegrunnet frykt” for forfølgelse, tillit til objektive kriterier som begrenser vurderingen av individuelle forskjeller fra generelle utviklingstendelser.

Opprettholdelse av komparativ standard i saker som stammer fra nasjoner som opplever generalisert vold eller intern konflikt. Søkerne må bevise at de er i større fare enn andre fremfor å vurdere saken etter søkerens egen velbegrunnede frykt, uten hensyn til at det finnes mange andre i en lignende situasjon.

Unnlattelse av å identifisere konvensjonsgrunner ved valg av krigsmål, målet med krigen kan være koblet til en konvensjonsgrunn

Delvis anvendelse av 1951-konvensjonsgrunnene:

Sosial gruppe, som blir ansett for å være en fleksibel kategori, blir sjelden anvendt

Politisk mening henvises til andre kategorier, og anvendes på en begrenset måte

Henvisning til politisk aktivitet fremfor mening som inkluderer passive former for mening

Mangel på henvisning til tillagt politisk mening – det er ingen krav om at den skal uttrykkes eller at søkeren faktisk har en mening, så lenge forfølgeren tror at det er sant.

Elitisk anvendelse av politisk mening, ledere blir foretrukket fremfor ikke-ledere (bruk av ”i søkelys”-tilnærming)

Foretrukket jus cogens-brudd fremfor non-jus cogens-brudd, utilstrekkelig kumulativ vurdering av menneskerettigheter.

Manglende vurdering av relevante menneskerettighetsstandarder, slik som CRC, CEDAW, osv. slik som barn, som ikke alltid er vurdert særskilt

Ingen anerkjennelse av blandede motiver-

Funn av kriminelle motiver blir brukt til å nekte asyl, uavhengig om andre motiver kan være koblet til kategoriene i 1951-konvensjonen

Asylsøkere kan ha både en økonomisk interesse og en frykt for forfølgelse som foranlediger utvandring

Utilstrekkelig vurdering av statens faktiske evne eller vilje til å beskytte søkeren:

Tillit til generelle rapporter eller at tilstedeværelsen av internasjonale overvåkingsinstanser hemmer avgjørelse i individets favør

Søkeren får skylden for at han ikke har søkt beskyttelse i opprinnelseslandet

Henvisning til statens manglende støtte for forfølgelseshandlinger fra ikke-statlige aktører, uansett om den tar skritt for å straffe overtredere

11) Sammenslåing av troverdighets- og beskyttelsesvurderinger. Asyl gis til søkere som er høyst troverdige mens humanitær beskyttelse blir gitt hvor det er tvil om troverdighet eller tvil om risiko for forfølgelse

12) Forutbestemt praksis for grupperinger. Humanitær beskyttelse gis på bakgrunn av nasjonalitet eller annen utvalgt gruppeidentitet, som begrenser innvilgelse av asyl fordi det blir antatt at beskyttelse med lavere status blir gitt. Overholdelse av retningslinjer for grupperinger, for eksempel familier med barn, mindreårige uten ledsager, tsjetsjenere

13) Varierende praksis vedrørende tid for forfølgelse. Saksbehandleren anfører at fremtidig risiko er nødvendig når beviset peker mot tidligere forfølgelse. Når beviset peker mot fremtidig risiko, uttaler saksbehandleren at det ikke foreligger tilstrekkelig tidligere forfølgelse. Det kan være en mangel på erkjennelse av tidligere forfølgelse:

Krenkelser er ikke vurdert som alvorlige nok

Dersom krenkelsene er grove, defineres de som trakassering eller kriminelle hendelser, ofte utført av ikke-statlige aktører

Krenkelser karakteriseres som en følge av generalisert vold (og mangler derfor individuell utpeking/forfølgelse)

Mangel på vurdering av tidligere forfølgelse som bevis på risiko for fremtidig forfølgelse

Mangel på vurdering av tidligere grov forfølgelse slik som tortur eller grov voldtekt som kan fortjene vurdering under 1951-konvensjonens art. 1 C 5. Unnlattelse av å anvende unntaket til opphørsklausulen i saker som handler om tvingende grunner, grov tortur eller voldtekt koblet til en konvensjonsgrunn. Sakene fortjener oppmerksomhet selv om de bare ville angå en liten prosent av sakene.

Forvirring omkring blandede motiver for flukt (vektleggingen av økonomiske grunner kan overskygge beskyttelsesbehovet) og ujevn beskyttelse relatert til søkerens alder – voksne kvinner som trues med kjønnsforfølgelse kan nektes beskyttelse som likevel gis til mindreårige jenter

Ufullstendig vurdering av trussel om forfølgelse i etterbosettingssituasjoner

Fokus på sterke menneskelige hensyn, f. eks. helse, mindreårig status, osv.

Endrede forhold i opprinnelseslandet, slik som regimeskifte, men mangel på stabilitet gjør retur umulig, som for eksempel Afghanistan

Mangel på bekreftende bevis, f. eks. mangel på rapporter om tvangsrekruttering av barn eller voksne i Asia, Midtøsten og Afrika, mangel på medisinsk dokumentasjon eller annen dokumentasjon

Delvis fremleggelse av bevis, anførsler eller identifikasjon av beskyttelses-standarder

Anvendelse av 15-måneders-regelen medfører ingen realitetsvurdering av asyl eller andre spørsmål knyttet til humanitære beskyttelsesspørsmål

På den annen side omfatter de saker som gis asyl høyst troverdige politiske aktører med høy profil (bra hukommelse når det gjelder hendelser, tilstrekkelig med detaljer, osv.) eller saker vedrørende kjønnsbasert forfølgelse som har hatt saksbehandlere med solid forståelse av menneskerettigheter og flyktningerett.

14. Sammendrag av anbefalinger for juridisk og systemmessig reform

14.1 Anbefalinger for juridisk reform

Sammendrag av anbefalingene for juridisk reform, inter alia endring av lov og forskrifter, og identifikasjon av temaer som skal drøftes i form av retningslinjer er som følger:

- *Inkorporasjon av definisjons-, eksklusjons-, og opphørsklausuler i 1951-konvensjonen, korrigering av den norske oversettelsen av definisjonen. Kommentaren til loven bør klargjøre at 1951-konvensjonen ikke henviser til en "margin of appreciation" i sin tolkning. Et slikt synspunkt er galt. Tolkningen av flyktningsdefinisjonen må være i overensstemmelse med standardene i Wienkonvensjonen om lov om overenskomster, dvs. god tro-tolkning i samsvar med dens ordinære mening, vurdert i sammenheng med og i lys av sitt objektive mål (som i tilfelle 1951-konvensjonen er humanitær i sin natur)*
- *Kommentaren til loven kan forsøke å kryss-henvises til menneskerettigheter og humanitær lovgivning for å etablere standarder for beskyttelse og eksklusjon – generell henvisning til instrumenter som Norge har ratifisert, henvisning til spesifikke instrumenter slik som ICCPR, CAT, osv., eller direkte henvisning til spesifikke standarder i instrumenter slik som for eksempel "til barnets beste"*
- *Kommentarer som viser rammeverket for vurdering av forfølgelse:*
 - ***Grunner-** motiver for forfølgelse basert på diskriminering koblet til en konvensjonsgrunn*
 - ***Interesser-** identifisering av menneskerettigheter som er krenket – kumulative sivile og politiske så vel som sosiale, økonomiske og kulturelle rettigheter*
 - ***Tiltak-** handlinger eller unnlatelser som innvirker på menneskerettigheter – vurdere proporsjonalitet, diskriminerende anvendelse, varighet, omfang, osv.*
 - *Reform av standarden for humanitær beskyttelse: Inkludering av henvisning til frihet, sikkerhet og fysisk integritet, inkludering av "nedverdiggende" behandling*

- *Kommentar som forklarer subjektive og objektive elementer av velbegrunnet frykt. Subjektive kriterier bør være likestilt med objektive kriterier.*
 - *Kommentaren bør drøfte hva som menes med ”effektiv beskyttelse ved opprinnelsesstaten” – forklaring av statens evne eller vilje til å beskytte søkeren fra forfølgelse – etterforske, rettsforfølge, tilgjengelige rettsmidler osv. Henvising til internasjonale organisasjoner bør ikke være formalistisk, det skal gjøres en vurdering av i hvilket omfang slike aktører faktisk evner å håndheve rettsregler, beskytte minoriteter, gi ofre rettsmidler osv.*
 - *Anerkjennelse av ikke-statlige aktører på grunn av at staten ikke har evne eller vilje til å beskytte, forfølgelse utført av kvasi-stat eller de facto myndigheter, eller forfølgelse ved ikke-statlige aktører hvor staten har brutt sammen*
 - *Harmonisering av bevisbyrdestandarder som blir brukt i avgjørelse om asyl så vel som non-refoulement-avgjørelse – for begge ytterpunkter av trusselen om forfølgelse, så vel som trussel om tortur, tap av liv, frihet eller fysisk integritet.*
 - *Inkorporering av tvilsstandarder i lovkommentaren.*
- *Utarbeidelse av retningslinjer for bevis / troverdighet som påpeker at saksbehandlerne bør vise troverdighetsvurderingen i den offisielle avgjørelsen for å gi søkerne og advokatene anledning til å forstå bakgrunnen for avgjørelsen og om det foreligger feil eller misforståelser*
 - 1) *Anerkjennelse av at en troverdig, ikke bestridt forklaring fra en søker er tilstrekkelig til å oppfylle bevisstandarder uten videre bekreftelse*
 - 2) *Troverdighetsvurderingen bør baseres på individets forhold og de fremlagte beviser*
 - 3) *Søkeren må gis anledning til å svare på troverdighetsspørsmål, bl.a. fravær av dokumenter eller bruk av falske papirer.*
 - 4) *Anerkjennelse av at saksbehandlere har en plikt til å vurdere alle fremlagte bevis, selv om de er motstridende.*
 - 5) *Saksbehandlere bør påpeke de særskilte grunnene for tvil om troverdighet i merknadene og unngå spekulasjon eller antakelse, eller tillit til mindre uoverensstemmelser*

6) *Anerkjennelse av at tidligere forfølgelse skaper en formodning for asyl som kan motbevises av staten dersom forholdene endrer seg.*

7) *Anerkjennelse av tilstedeværelsen av tvingende grunner, slik som for eksempel at søkeren er uvillig til å søke beskyttelse i sitt hjemland, eller ikke kan reise tilbake, vil tillate innvilgelse av beskyttelse i henhold til 1951-konvensjonen art. C5.*

8) *Vurdering av sammenhengen, for eksempel beviser for grove, åpenbare eller massekrenkelser av menneskerettigheter i opprinnelseslandet i saker som anfører tortur, vurdering av bevis om personer i lignende situasjoner, rapporter om forhold i landet.*

9) *Saksbehandleren bør ta i betraktning kulturelle faktorer, alder, kjønn og psykologiske forstyrrelser som kan føre til vaghet eller gap i forklaringen*

- *Kommentar som forklarer “tillagt politisk mening”- behøver ikke uttrykkes offentlig, eller være den mening som søkeren faktisk har. KRD’s foreslåtte forskrifter drøfter dette.*
- *Definisjon av sosial gruppe som er i samsvar med UNHCR-modellen – tilstedeværelsen av en felles karakteristikk som kan være intern eller ekstern, medfødt, uforanderlig, eller som er grunnleggende for identitet eller samvittighet eller utøvelsen av menneskerettigheter.*
- *Kryss-henvisning til menneskerettighetsstandarder som er relevant for beskyttelseskategoriene, f. eks. CERD for rase, FN-erklæringen om minoritetsrettigheter angående nasjonalitet (selv om nasjonalitet kan tilhøre en gruppe som utgjør majoritet i et land, blir de behandlet som omvendte minoriteter når de blir undertrykket) CCPR art. 18 for religion, CEDAW for sosial gruppe (og andre), art. 19-22 for politisk opinion, osv.*
- *Utarbeidelse av kjønnsrelaterte retningslinjer (se rapport om Implementering av et kjønnsperspektiv i norsk asyllov) og retningslinjer for barn som bruker CEDAW og CRC som rammeverk for beskyttelsesanalyse. Gjennomgang og undersøkelse av sakene som gjelder retur av barn til Balkan er å anbefale.*
- *Anerkjennelse av muligheten til å anerkjenne forfølgelse av individer og grupper i en generalisert konflikt.*

- *Avskaffe bruk av standardiserte svar og automatisk henvisning til en "åpenbart grunnløs"-avgjørelse i saker som handler om militærnektene og desertører. Økt henvisning til humanitærlovgivning/folkerett i tillegg til andre relevante menneskerettighets- og flyktingerettsprinsipper, til å omfatte ikke-diskrimineringsnormer, proporsjonalitet i utmålt straff, frihet fra umenneskelig behandling, osv.*
- *Anerkjennelse av en ikke-komparativ tilnærming bør vurderes med hensyn til om søkeren løper en risiko for tilstrekkelig alvorlig skade som er koblet til en konvensjonsgrunn, og ikke om risikoen som søkeren er utsatt for er større enn andres*
- *Avklaring om at blandede motiver ikke er tilstrekkelig til å avslå beskyttelse, for eksempel kan forfølgelse forekomme i situasjoner som handler om sammensluttede kriminelle og diskriminerende motiver, koblet til en forfølgelsesgrunn.*
- *Avklaring om at tilstedeværelsen av blandede motiver for utvandring ikke er tilstrekkelig til å avslå beskyttelse, en asylsøker kan flykte på grunn av trusselen om forfølgelse koblet til en konvensjonsgrunn og i tillegg søke økonomisk sikkerhet, den ene faktoren opphever ikke den andre.*
- *Utarbeidelse av en ikke-diskriminerende standard som hindrer skjevhet basert på rase/etnisitet, nasjonalitet, religion, politisk oppfatning, kjønn, sosial status, uførhet, eiendom, språk eller andre lignende kriterier i asylavgjørelsen*
- *Anerkjennelse av behovet for en ny non-refoulement-analyse i kjølvannet av konfliktssituasjoner – utarbeidelse av retningslinjer for retur som behandler frivillighet, sikkerhet og verdighet (se anbefalinger i kapittel 5 som behandler infrastruktur, militær-/paramilitær aktivitet, anti-flyktingholdninger i den lokale befolkningen, tilstedeværelsen av IDP'er, garantier mot diskriminering, beskyttelse mot væpnet angrep, respekt for familieenheten, adgang til skoler, beskyttelse mot vilkårlig arrestasjon osv.)*
- *Utarbeidelse av retningslinjer for å klarlegge tillatelse basert på sterke menneskelige hensyn, i konsultasjon med eksperter i medisin, psykologi, barnevern, osv. Disse bør også klarlegge standardene for å løfte en avgjørelse opp til en annen juridisk beskyttelseskategori når menneskerettighetsvurderingen avdekker kumulative grunner for beskyttelse.*

- *Kommentaren til loven bør kryss-henvise CAT og EHCR, til å omfatte kommentarer som inneholder basisdefinisjonen på tortur og grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling og en liste over relevante beviser for å underbygge en søknad. Det bør utgis retningslinjer som drøfter tolkningen av standarder for tortur og grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling og som henviser til rettspraksis fra Torturkomiteen og EMD.*
- *Kommentaren om eksklusjon kan kryss-henvises til straffelovens definisjon av terrorisme, i tillegg til Konvensjonen om transnasjonal organisert kriminalitet med tilhørende protokoller (2000) og den Internasjonale konvensjonen for stansing av finansiering av terrorisme (vedtatt av GA 1999). Den kan også kryss-henvise ICC-statuttene og Genèvekonvensjonene med tilhørende protokoller.*
- *Anerkjennelse av at en realitetsvurdering alltid bør utføres før eksklusjon og non-refoulementsprinsippet er anvendelig.*
- *Behandle beskyttelsesgapet mellom bruken av internt fluktalternativ og oppmuntring til tvangsforflytning: UNE og UDI bør gjennomgå sin praksis med hensyn til bruken av det interne fluktalternativ. Felles retningslinjer om IFA-anvendelse bør utarbeides. Henvisning til Flyktingerådets globale IDP-database er å anbefale for saksbehandlere som vurderer bruken av IFA.*

14.2 Sammendrag av anbefalingene

Anbefalingene for systemreform er som følger:

- *Forbedre kunnskapene til saksbehandlerne og advokatene som arbeider i systemet med hensyn til menneskerettigheter, flyktninge- og humanitærlovgivning. Avgjørelser bør gjenspeile utviklingen i teori og internasjonal komparativ rettspraksis. Begge institusjonene bør ansette personell med spisskompetanse i menneskerettighetslovgivningen for å forbedre spredning av utviklende beskyttelsesstandarder blant saksbehandlerne.*
- *Det er videre et behov for å forbedre kommunikasjonen mellom utlendingsmyndighetene og NGO'er som arbeider med asylspørsmål. For tiden synes aktørene å være polarisert og det er et behov for for-*

bedret kommunikasjon gjennom direkte konsultasjon, flere seminarer, osv. Forskningsinstitusjoner og universiteter bør fortsette samarbeidet med utlendingsmyndighetene for å utvikle beskyttelsesstandarder og spre teori av praksis.

- *Forbedre gjennomsiktighet: Asylsystemet i Norge mangler fortsatt gjennomsiktighet. Både UDI og UNE anser åpenhet, gjennomsiktighet og legitimitet i samfunnet som hovedmål. Med hensyn til åpenhet har institusjonene i økende grad søkt å gjøre informasjon tilgjengelig, svare på mediaspørsmål og invitere media til å observere interne prosedyrer. Det nåværende klima er imidlertid meget spent, og mediens presentasjon av saker og deres institusjonelle funksjon har til en viss grad beholdt en “sensasjonell” følelse, som vanskeliggjør en oppnåelse av en balansert forståelse av relevante beskyttelsesspørsmål. Institusjonenes kamp mot hemmeligholdelseskulturen synes å være en vanskelig prosess fordi enkelte ansatte bruker sløret til å dekke over middelmådig arbeid, mens andre saksbehandlers utmerkede arbeid forblir skjult. Større åpenhet vil fremme forbedret innatts og øke samfunnets forståelse av asylpraksis og politikk.*
- *Forfatteren anser at vurderingene i UNE-avgjørelsene generelt er av en tilstrekkelig kvalitet til at de bør offentliggjøres slik at de kan nyttiggjøres av praktiserende og vitenskapsmenn i og utenfor Norge. (Sekretariatsavgjørelser har motsatt avgjørelser som bare gjentar UDI's standardsvar og derfor liten uavhengig verdi, annet enn å fremheve behovet for å unngå slik praksis). For UDI's vedkommende er det stor variasjon mellom de ulike avdelingene og de enkelte saksbehandlere. UDI bør derfor offentliggjøre utvalgte avgjørelser basert på kvaliteten på vurderingen. Avgjørelsens kvalitet kan heves dersom standardsvarene blir erstattet av vurderingen i merknadene og at strukturen fulgte UNE-modellen, som innebærer gjentakelse av 1951-konvensjonens definisjon, kort oppsummering av fakta, identifisering av det relevante spørsmålet, drøftelse av de juridiske standarder (kriterier for asyl kontra kriterier for humanitær beskyttelse), og anvendelse av fakta under loven. UDI bør gå bort fra bruken av standardsvar som går i retning av eksklusjon.*
- *Det er i øyeblikket et sårt behov for offentliggjøring av norsk asylpraksis og politikk. Samfunnet generelt trenger å opplyses om grunnene til beskyttelse av asylsøkere gjennom direkte informasjon, og ikke som en indirekte analyse, forutsatt at mediene gjenspeiler politiske preferanser istedenfor objektive juridiske overveielser.*

- *Forbedre deltagelsen av advokater og NGOer: Advokater og NGOer bør instrueres til å fremlegge argumenter der søknaden om asyl og humanitær beskyttelse vurderes separat, og som identifiserer alle beskyttelsesspørsmål basert på de relevante menneskerettighetskriterier. Advokater bør unngå bruken av standardformuleringer og tilfredsstillende beviskrav i første instans, også i klageomgangen. Advokater bør gis tilstrekkelig ressursser til å være tilstede ved intervjuer.*
- *UDI bør etablere særskilte avdelinger til å behandle særlige spørsmål, slik som kjønns-forfølgelse, tvangsrekruttering og andre spørsmål som krever spisskompetanse. Dette vil tillate vurderinger som fokuserer mer på beskyttelsesprinsipper enn politikk relatert til utvalgte land.*
- *Utvidelse av profesjonell kompetanse om tortur og traumer: Utlendingsmyndighetene bør ansette egne eksperter for å vurdere post-traumatiske forstyrrelser eller andre bevis på tortur.*
- *Forbedre kompetansen på eksklusjon: UDI bør vurdere sakenes spesielle spesielle og sårbare karakter. Forfatteren støtter opprettelse av en "eksklusjonsenhet" i UDI og UNE, hvor de ansatte besitter kompetanse i strafferett, humanitærlovgivning, og menneskerettigheter. Dette vil gi anledning til en fullstendig vurdering av de ulike spørsmål som oppstår i slike saker. Et slikt kontor bør etablere direkte kommunikasjon med KRD, UD, PST, og FO-E for å etablere videre undersøkelse av disse spørsmål fordi disse sakene ofte krysser grenser mellom institusjoner, f. eks. utenrikspolitikk, etterretning, asyl osv. Det bør understrekes at støtte til opprettelsen av en slik enhet ikke bør mistolkes til å innebære eliminering av realitetsbehandling før en eksklusjonsvurdering. For å opprettholde rettsikkerheten må asylprosessens integritet opprettholdes ved å garantere asylsøkerens rettigheter til en fullstendig vurdering av alle relevante beskyttelsesspørsmål, til å omfatte beskyttelse mot refoulement. Eksklusjon bør ikke misbrukes og det bør utvises stor forsiktighet for ikke å sanksjonere politiske aktivister som faktisk fortjener beskyttelse.*
- *Utarbeide felles strategier for å drøfte retur av flyktninger: UDI, KRD, og UD bør undersøke om det er mulig å koble UD's programmer som finansierer alternative boliger i post-konflikt situasjoner til retur av flyktninger i situasjoner hvor utkastelse er koblet til etnisk rensing forblir uavhjulpet. Forsvarsdepartementet kan yte assistanse med hensyn til vurderingen av sikkerheten og infrastrukturen for post-konflikt-returer.*

- *Behandle spenningen mellom beskyttelse kontra produktivitet. Mediene og myndighetene har fremmet ideen om at behandling av saker må gå raskere uten å vurdere prisen som må betales av asylsøkere og saksbehandlere. Saksbehandlere og ledere anfører at dette presset innvirker negativt på avgjørelsene fordi de søker å følge kvantitet istedenfor kvalitet.*
- *Staten bør utføre en materiell drøftelse av behovet for å åpne regelmessige innvandringskanaler, og derved redusere misbruk av asylkanaler gjennom fremleggelse av åpenbart grunnløse søknader.*
- *Domstolene bør bli gitt opplæring i flyktingelovgivningen av UNHCR, NGOer og universitetene for å sikre korrekt overvåking av utlendingsmyndighetene i samsvar med internasjonale normer.*

Litteraturliste

- Aleinikoff, Alexander, "Membership in a Particular Social Group: Analysis and Proposed Conclusions" Background Paper for "Track Two" of the Global Consultations (UNHCR 2002)
- Bayefsky, Anne F. & Joan Fitzpatrick (Eds.), Human Rights and Forced Displacement (Martinus Nijhoff Publishers 2000)
- Bonoan, Rafael, When is International Protection No Longer Necessary: The Ceased Circumstances Provisions of the Cessation Clauses: Principles and UNHCR Practice, 1973-1999, paper presented at UNHCR Global Consultations on International Protection (24 April 2001)
- British Refugee Council, The Nationality, Immigration & Asylum Act: Changes to the Asylum System in the UK (December 2002)
- Canadian Immigration and Refugee Board, Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection (IRB June 2000)
- Canadian Immigration and Refugee Board, Interpretation of the Convention Refugee Definition in the Case Law (IRB 31 December 1999)
- Cohen, Juliet, "Questions of Credibility: Omissions, Discrepancies and Errors of Recall in the Testimony of Asylum Seekers" in 18 (3) International Journal of Refugee Law 293 (Oxford 2002)
- Daley, Krista & Ninette Kelly, "Particular Social Group: A Human Rights Based Approach in Canadian Jurisprudence" in 12 (2) IJRL 167 (2000)
- Einarsen, Terje, Flyktningers Rettsstilling i Norge (Fagbokforlaget 1997)
- Einarsen, Terje, Retten til Vern som Flyktning (Cicero 2000)
- European Legal Network on Asylum, International Course on the Application of Article 1 C and Article 1 F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees 17-19 January 2003
- European Legal Network on Asylum, Research Paper on Non-State Agents of Persecution (2000)
- Farrell, Fletcher, Fisher & Renteln, "War Crimes and other Human Rights

- Abuses in the Former Yugoslavia” in 16 Whittier Law Review 359 (1995)
- Fisknes, Eli, *Utlendingsloven Kommentarutgave* (Universitetsforlaget 1994)
- Fitzpatrick, Joan, ”The End of Protection: Legal Standards for Cessation of Refugee Status and Withdrawal of Temporary Protection” in 13 *Geo. Immgr.L.J.* 343 (1999)
- Foster, Geoff & John Williamson, ”A Review of Current Literature on the Impact of HIV/AIDS on Children in Sub-Saharan Africa”, 14 (3) *AIDS*, 275-284 (2000)
- Fullerton, Maryellen, ”A Comparative Look at Refugee Status Based on Persecution Due to Membership in a Particular Social Group” in 26 *Cornell Int’l. J.* 505 (1993)
- Gilbert, Geoff, *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses* (UNHCR 2001)
- Goodwin-Gill, Guy, *The Refugee in International Law* (Clarendon 1996)
- Gorlick, Brian, ”Common Burdens and Standards: Legal Elements in Assessing Claims to Refugee Status”, Working Paper No. 68 (UNHCR October 2002)
- Gorlick, Brian, *Human Rights and Refugees: Enhancing Protection through International Human Rights Law* (UNHCR October 2000)
- Grahl-Madsen, A., *The Status of Refugees in International Law, Vol. I* (1966)
- Harlow, Carol, ”Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union” in Philip Alston (Ed.), *The EU and Human Rights* 187-213 (Oxford U. Press 1999).
- Hathaway, James C., *The Law of Refugee Status* (Butterworths 1991)
- Hathaway, James & Michelle Foster, *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination* (UNHCR 2001)
- Human Rights Watch, *Human Rights Situation in Chechnya, Briefing Paper to the 59th Session of the UN Commission on Human Rights* (7 April 2003)
- Kalin, Walter, ”Troubled Communication: Cross-Cultural

- Misunderstandings in the Asylum Hearing” in 20 *International Migration Review* 230 (1986)
- Kelly, Sohphan M., “Social Group-Bases Asylum Claims under the Refugee Act of 1980”, 68 *U. Cin.L.Rev.* 895 (Spring 2000)
- Knoff, RH, Evaluaring av Utlendingsnemnda (Knoff Februar 2002)
- Lauterpacht, Sir Elihu & Daniel Bethlehem, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement* (UNHCR 20 June 2001)
- Martin, Susan & Andrew I. Schoenholtz, “Asylum in Practice: Successes, Failures and the Challenges Ahead” in 14 *Geo. Imm. L.J.* (2000)
- Marx, Reinhard, “The Criteria of Applying the ‘Internal Flight Alternative’ Test in National Refugee Status Determination Procedures” in 14 *International Journal of Refugee Law* 179 (Oxford 2002)
- McAdam, “The European Union Proposal on Subsidiary Protection: An Analysis and Assessment” Working Paper No. 74 (UNHCR 2002)
- Nicholson, Francis & Patrick Twomey, *Refugee Rights and Realities* (Cambridge University Press 1999)
- Parish, T. David, “Membership in a Particular Social Group under the Refugee Act of 1980: Social Identity and the Legal Concept of the Refugee” in 92 *Colum. L. Rev.* 923 (1992)
- Sopf, Davor, “Temporary Protection in Europe after 1990: The “Right to Remain” of Genuine Convention Refugees” in 6 *Wash. U. J.L. & Pol’y* 109 (2001)
- Storey, Hugo & Rebecca Wallace, “War and Peace in Refugee Law Jurisprudence” in 95 *American Journal of International law* (2001)
- UNHCR, *Guidelines on International Protection: “Membership of a Particular Social Group” within the context of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/02/02 (/ May 2002)
- UNHCR, *Expert Roundtables, Summary Conclusions-Cessation of Refugee Status* (3-4 May 2001)
- UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (Geneva 1992)
- UN Security Council, *Report of the Secretary-General on Children and*

- Armed Conflict, S/2002/1299 (26 November 2002)
- Valji, Nahla & Lee Anne de la Hunt, *Gender Guidelines for Asylum Determination* (The University of Cape Town Legal Aid Clinic 1999)
- van Kriekan, Peter J., *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause* (T.M.C. Asser Press 1999)
- Vevstad, Vigdis, *Refugee Protection: A European Challenge* (Tano Aschoug 1998)
- von Sternberg, Mark R., *The Grounds of Refugee Protection in the Context of International Human Rights and Humanitarian Law* (Martinus Nijhoff Publishers 2002)
- Zartner Falstrom, Dana, "Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating A Convention to Protect Persons and Preserve the Environment" in *Colo. J. Int'l. Env'tl. L. & POL'Y* 1 (2001)

Saker til sammenligning

Abassi v. INS, 305 F. 3rd 1028 (9th Cir. 2002) (U.S.)

Adaros-Serrano v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993) 22 Imm. L.R. 2nd 31 (FCTD) (Canada)

Ahani, Roozbeh v. MCI (F.C.T.D., no. IMM-4985-93), Mac Kay, 4 January 1995 (Canada)

Ahortar v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1993, 21 Imm.L.R. 2nd 39 F.C.T.D.) (Canada)

Ali v. M.C.I. (F.C.A., no. A-772-96), Decary, Stone, Strayer January 12 1999

Arouh Melkonian v. John Ashcroft, Attorney General of the United States, 320 F. 3rd 1061 (9th Cir. Sept 9 2002) (U.S.)

Aydin v. Turkey, European Court of Human Rights (25 September 1997)

Bilgin v. Turkey, European Court of Human Rights (16 November 2000)

Canada, Attorney General v. Ward (1993) 2 S.C.R. 69, 739 D.L.R. (4th) (Canada)

Chen Yun Gao v. J. Ashcroft, Attorney General of the United States, 299 F3rd 266 (3rd Cir. 2002) (U.S.)

Cicek v. Turkey, European Court of Human Rights (5 September 2002)

Del Aguila v. INS, 2000 U.S. App. LEXIS 6174 (9th Cir. 2000) (U.S.)

Del Carmen Molina v. INS, 170 F. 3rd 1247 (9th Cir. 1999) (U.S.)

Derivanko v. Reno, Attorney General of the United States, 2003 U.S. App. Lexis 1739 (U.S.)

Dulane v. INS, 46 F.3rd 988 (10th Cir. 1995) (U.S.)

Dulas v. Turkey, European Court of Human Rights (20 January 2001)

Ernesto Navas, 217 F.3rd 646 (9th Cir. 1999) (U.S.)

Frimpong v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1989), 8 Imm.L.R. 2nd 183 F.C.A (Canada)

Georgis v. Ashcroft, Attorney General of the U.S., 2003 U.S. App. LEXIS 9648 (7th Cir. 2003)

- Gebremichael v. INS, 10 F. 3rd 28 (1st Cir. 1993) (U.S.)
- Garcia-Ramos v. INS, 775 F. 2nd 1370 (9th Cir. 1985) (U.S.)
- Guitierrez v. M.C.I. (F.C.T.D., no IMM-3291-99) (Canada)
- Horvath v. United Kingdom (Secretary of State for the Home Department),
House of Lords, 2000 N.R. LEXIS 284 (July 6 2000)
- Jen Zhu Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2002
F.T.R. LEXIS 293 (April 26 2002)
- Lachowski v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992 18
Imm. L.R. 2nd) 134 (F.C.T.D.) (Canada)
- Loayza Tamayo, Reparations, I/A Court H.R. Series C No. 42 (1998)
- Lukwago v. Ashcroft, 2003 U.S. App. LEXIS 9328 (3rd Cir. May 14 2003)
- Matter of Acosta, 19 I & N Dec. 211 (BIA 1996) (U.S.)
- Matter of Kwando Ofosu v. INS, 933 F. Supp. 237 (U.S. District Court for
the Southern District of New York 1995) (U.S.)
- Matter of H, 21 I&N Dec. 337 (BIA 1996) (U.S)
- Melencio Legui Lim v. INS, 224 F 3rd. 929 (9th Cir. 2000) (U.S)
- Melkonian v. John Ashcroft, Attorney General, 320 F. 3rd 1061 (9th Cir.
September 9 2002)
- Meza-Manay v. INS, 139 F 3rd 759, 764 (9th Cir. 1998) (U.S.)
- Nebea v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1998), 45
Imm.L.R. 2nd 61 F.C.T.D. (Canada)
- Nigist Shoafera v. INS, 2000 U.S. App. LEXIS 31361 (9th Cir. 2000)
(U.S.)
- Nwako v. INS, 314 F. 3rd 303 (7th Circuit 2002) (U.S.)
- Ola Bahamonde v. Equitorial Guinea, Comm. No. 468/1991, para. 9.4
(views adopted by the U.N. Human Rights Committee on 20 October
1993, forty-ninth session.)
- Otuñez-Tursios v. Ashcroft, U.S. Attorney General, 303 F. 3rd 341 (5th
Cir. 2002) (U.S)
- Paniugua Morales et. Al. Case, Sentence, I/A Court H.R., Series C No. 37
(8 March 1998)
- Rasanayagam v. M.C.I. (F.C.T.D., no. 816-91), Wetston, July 25, 1995

(Canada)

- Reynoso v. MCI, (FCTD no. IMM-2110-94) 29 Jan. 1996 (Canada)
- Rios & Rios v. Ashcroft, Attorney General, 287 F. 3rd 895 (2002) (U.S.)
- Selvarajah, Rajikumer v. M.E.I. (F.C.A., no. A-342-91), Heald, Stone, McDonald, April 14 1994 (Canada)
- Soering Case, European Court of Human Rights (26 June 1998)
- Tahir Hussain Khan v. Canada, U.N. Committee Against Torture, Communication No. 15/1994, UN Doc. A/50/44 (1995)
- Turcios v. INS, 821 F. 2nd 1396 (9th Cir. 1987) (U.S.)
- Tyrer Case, European Court of Human Rights (15 March 1978)
- Velasquez –Rodriguez Case, judgment of 29 July 1988, I/A Court H.R., Series C No.7 (21 July 1989)
- Ventura v. INS, 264 F 3rd 1150 (9th Cir. 2001) (U.S.)
- Villagran Morales et. Al. Case "The Street Children", I/A Court H.R. Series C No. 63 (19 November 1999)
- Vongsakdy v. INS, 171 F3rd 1203 (9th Circ. 1999) (U.S.)
- Yong-Guieco et. Al. v. The Minister of Citizenship and Immigration, Federal Court of Canada, Trial Division, June 25 1997 (Canada)
- Zolfagharkhani v. Canada (Minister of Employment and Immigration 1993, 3 F.C. 540 (C.A.) (Canada)