

Professor dr. juris Terje Einarsen
Universitetet i Bergen

Høringsuttalelse:

Endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II)

1. Innledende bemerkninger

Universitetet i Bergen er i likhet med andre universiteter ikke oppført på listen over høringsinstanser. Jeg har likevel funnet grunn til å inngi høringsuttalelse, som står for egen regning.

Jeg har arbeidet faglig med utlendingsrett, internasjonal flyktningrett og norsk asylrett gjennom en periode på nærmere 30 år. Blant annet har jeg doktorgrad i folkerett på en avhandling om FNs flyktningbegrep og de sentrale flyktningrettslige prinsipper.

Dette er likevel første gang jeg leverer høringsuttalelse til foreslåtte lovendringer. Foranledningen er bekymring for om flere av de innstramninger som er foreslått kan være forenelige med folkeretten.

Siden endringsforslagene er omfattende, er denne uttalelsen begrenset til spørsmål som direkte berører asylretten. Den nye lovbestemmelsen i utlendingsloven § 32 første ledd bokstav d er også kommentert.

2. Asylrettens ABC

Med asylretten siktes det i denne forbindelse til reglene om flyktningers beskyttelse mot forfølgelse og alvorlige krenkelser, herunder i forbindelse med krig (væpnet konflikt) i flyktningenes hjemland. I norsk rett er beskyttelsesreglene inntatt i utlendingsloven kap. 4, jf. kap. 9. De nasjonale reglene har sitt internasjonale motstykke med utspring i Verdenserklæringen om universelle rettigheter (jf. særlig art. 14 om retten til å søke og nyte godt av asyl) og Flyktningkonvensjonen av 1951 (FK) med protokollen av 1967. Asylretten er også støttet av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), med rettspraksis som utviklet av EMD, av EU-retten, og av internasjonal sedvanerett.

Asylretten innebærer for medlemsstater til FK at asylsøkere som individuelt er under statens jurisdiksjon ved å være underkastet statens konkrete myndighetsutøvelse ved statens organer eller personell, ikke kan avvises eller returneres til et annet land uten realitetsbehandling av asylsøknaden. Dette følger av FK art. 33, sammenholdt med art. 1.

Det eneste unntaket fra dette prinsippet som folkerettslig kan aksepteres innenfor rammen av FK, er hvis flere medlemsstater går sammen om å etablere et felles og rettssikkert system for asylbehandlingen slik at en flyktning får de rettigheter og den beskyttelse som FK er ment å innebære for den enkelte flyktning overfor en medlemsstat. Dublinsamarbeidet har hatt som intensjon å være et slikt system, selv om det i praksis ikke alltid har fungert slik. Hvis forutsetningen for ansvarsoverføring til

annen FK-medlemsstat svikter, har flyktningen sine rettigheter i behold overfor den medlemsstaten vedkommende faktisk befinner seg i.

En person blir "flyktning" i folkerettslig forstand ved å oppfylle de materielle kriteriene for flyktningstatus i FK art. 1. Det altså ikke den statlige anerkjennelsen som *gjør* en person til flyktning. Vedkommende skal anerkjennes av medlemsstat fordi han eller hun *er* flyktning. Flyktningbegrepet i FK er folkerettslig autonomt, og statene har ikke kunnet reservere seg mot flyktningdefinisjonen i FK eller operere med et mer innskrenket begrep, jf. FK art. 42 og de forutsetninger som ble knyttet til flyktningbegrepet i FKs forarbeider.

Derimot kan FKs medlemsstater etablere komplementære begreper og standarder. Denne friheten ble benyttet da Stortinget i gjeldende lov § 28 første ledd bokstav b etablerte anerkjennelse som flyktning også for personer som er omfattet av vernet etter EMK art. 3 uten samtidig å oppfylle alle kriteriene i FKs definisjon i art. 1.

Konvensjonsflyktninger har ikke et folkerettslig krav på *formalisert oppholdstillatelse*. De har heller ikke et folkerettslig krav på *permanent opphold*. FK er derfor i realiteten en konvensjon om midlertid asyl, med særskilte regler for opphør av flyktningstatus og dermed konvensjonsvern. Det fremgår likevel av FKs forarbeider og reguleringer at man ved etableringen av konvensjonen var innforstått med at status som flyktning kan bli langvarig, og at det ikke alltid kan forventes at flyktninger kan vende tilbake, se f.eks. prinsippet i FK art. 1 C(5) annet ledd. Rettighetene er også lagt opp slik at flyktninger skal kunne bli integrert i samfunnet i tilflyktsstaten.

Både asylsøkere (før realitetsvurdering) og anerkjente flyktninger har dessuten *lovlig opphold*. Utvisning kan videre bare skje på særskilte grunnlag. Flyktnings rettigheter i medhold av FK blir typisk flere jo fastere oppholdet blir. Rettighetsstandarden i de konkrete rettigheter er gjerne knyttet til den beste standard for privilegerte utlendinger, for eksempel EØS-borgere i dag. FKs rettigheter er ofte formulert som forpliktelser for myndighetene, men fordi FK er en multilateral statlig tredjepartsavtale med flyktninger som begunstiget tredjepart er det tale om rettigheter. Menneskerettighetskonvensjoner har generelt denne formen. FK var FNs første bindende menneskerettskonvensjon.

Det er viktig at en medlemsstats sentrale organer forstår og overholder disse relativt enkle grunnprinsippene.

3. Bakgrunnen for innstramningene

Som bakgrunn for de nye innstramningene er det særlig vist til situasjonen i 2015 med en anført "voldsom økning" i antallet asylsøkere, og at det er oppnådd politisk enighet på Stortinget om innstramningstiltak som "nå følges opp i høringsnotatet".

Det kan være grunn til å påpeke at Norge verken i 2015 eller per i dag har befunnet seg i en nasjonal krisesituasjon, selv om utfordringene knyttet til mottak og saksbehandling har vært betydelige. Situasjonen har utvilsomt ikke oppfylt vilkårene for konstitusjonell nødrett.

Flere av lovforslagene synes ikke å ha noen klar forankring i det såkalte asylforliket på Stortinget, slik dette er blitt presentert for offentligheten. Det gjelder særlig forslagene som tar sikte på vesentlige innskrenkninger i *tilgangen* til asyl.

4. Generelt om konsekvenser av innstramningene

Lovforslagene, hvis de blir vedtatt, medfører samlet sett radikale endringer i gjeldende rett, herunder også i måten utlendingsforvaltningen vil fungere på i møte med asylsøkere. Dette innbefatter politiets rolle, jf. punkt 6 nedenfor.

Før høsten 2015 har det vært nokså lite faglig og offentlig debatt om hvordan asylretten har virket siden 2008-loven trådte i kraft i 2010. Gjeldende lovgivning ble vedtatt etter en grundig lovgivningsprosess. Perioden på 20 år mellom utlendingsloven av 1988 og utlendingsloven av 2008 var preget av mye erfaring med ulike grupper av asylsøkere på 1990-tallet og 2000-tallet, herunder med mottak av et betydelig antall flyktninger fra Kosovo og fra Balkan-krigen 1992-1995. I relasjon til de bosniske asylsøkerne ble det høstet erfaringer med tilsiktet *midlertidig beskyttelse*. Departementet initierte den gang i samarbeid med andre nordiske land et stort tverrfaglig forskningsprosjekt om mottak av bosniske flyktninger i Norden, som resulterte i en serie publikasjoner. En av erfaringene var knyttet til de problematiske aspektene ved å holde flyktninger i en langvarig usikker situasjon etter at beskyttelsesbehovet er akseptert.

Når man nå legger opp til mye større vekt på langvarig midlertidighet, skulle man tro at motforestillingene også burde drøftes nøye. Dette er ikke en folkerettslig problemstilling da asylretten som nevnt foran i punkt 2 prinsipielt har en midlertidig karakter. Retten til midlertidig beskyttelse vil således opphøre når situasjonen i hjemlandet normaliseres, jf. FK art. 1 C(5). Samtidig viser utformingen av flyktningkonvensjonen at man allerede for snart 70 år siden var klar over at dette i noen tilfeller vil kunne ta lang tid.

For mottakerstaten kan det i mange tilfeller være en fordel at flyktninger gis mulighet til en effektiv integrering, og heller kan reise *frivillig* tilbake når tiden er inne for det. Statistikken for utvandrete flyktninger fra Norge er så vidt vites ikke fullstendig, men utvandringen er antakelig ikke helt ubetydelig. Problemet i de senere år er at mange av de underliggende konflikter har vært så langvarige at tidligere anerkjente flyktninger ikke hadde kunnet blitt returnert med tvang.

Hvordan ulike hensyn skal avveies mot hverandre på nasjonalt plan, for eksempel hensynet til utad å signalisere en mer restriktiv linje mot hensynet til god integrering for de som allerede er inne, er et politisk hensiktsmessighetsspørsmål. Mitt poeng her er bare at avveiningen helst bør bygge på et informert beslutningsgrunnlag, særlig ved så store reformer som det nå legges opp til.

Lovendringene høsten 2015 og de nå foreslåtte endringer kan gi inntrykk av at regjeringen har smidd mens jernet var varmt, det vil si at man benyttet seg av en situasjon som ble oppfattet som kritisk for landet til å få hurtig gjennom endringer på asylområdet som man kanskje ikke ellers ville ha fått flertall for.

Selv om flere av forslagene bygger på asylforliket og kan bli bredt vurdert som ønskelige av et flertall på Stortinget uansett, går andre forslag utenfor ordlyden i asylforliket.

Det viktigste etter mitt skjønn er at Stortinget på flere konkrete punkter inviteres til å trække over folkerettslige grenser på en måte som er uten sidestykke i moderne tid. For første gang kan Stortinget ved *lovgivning* etablere kontinuerlige brudd på folkeretten. Konsekvensene både internrettslig og utad for Norge vil kunne bli store, men er ikke drøftet i høringsnotatet, antakelig fordi høringsnotatet legger til grunn at alle forslag ligger innenfor folkerettens rammer. Etter min mening bygger notatet her på en uriktig forutsetning. I beste fall er forutsetningen i hvert fall så tvilsom at konsekvensene av at departementet eventuelt tar feil i sine vurderinger burde vært grundig utredet og lagt frem for Stortinget.

5. Lovendringen i utlendingsloven § 32 første ledd bokstav d

Denne gjennomførte lovendringen tilrettelegger for systematiske folkerettsbrudd.

En person blir som allerede nevnt flyktning ved å oppfylle de materielle kriteriene for flyktningstatus. Selv om vedkommende ankommer fra et tredjeland som norske myndigheter anser som generelt trygt, rokker ikke det i seg selv ved en persons status som flyktning etter FK.

Det er riktignok ingenting i veien for at norske myndigheter klassifiserer enkelte land som antatt trygge, enten mer generelt eller for bestemte flyktninggrupper. Dette betyr i bare at man etablerer en *presumsjon* for trygghet. Slike presumsjoner kan være nyttige for prioriteringer i saksbehandlingen, og kan gi et visst materielt utgangspunkt for en asylvurdering hvis den er godt fundert. Men en asylsøker må gis mulighet til å tilbakevise presumsjonen i sitt konkrete tilfelle. Saken må vurderes individuelt. Det har ingen folkerettslig betydning i seg selv at norske myndigheter har ansett et land som generelt trygt.

Et lovbestemmelse som gir fullmakt til avvisning uten realitetsbehandling, fordi en asylsøker kommer fra et land norske myndigheter anser som trygt, innebærer en konstant systemsvikt i det norske asylsystemet.

Dublin-systemets åpning for retur til et tredjeland innen Dublinsamarbeidet forutsetter at en rekke krav er oppfylt med hensyn til felles avtaleregulering, krav til rettssikkerhet ved asylbehandlingen i tredjelandet, felles rettslige standarder for beskyttelse og spesielt overholdelse av FK. I realiteten er det også forutsatt mulighet for effektiv overnasjonal domstolskontroll, ved EU-domstolen og ved EMD, samt sikkerhetsventiler i form av full adgang til nasjonal individuell behandling før retur til tredjelandet.

Bokstav d kom inn i loven foranlediget av en spesiell situasjon, og etter en hastig og lite betryggende lovgivningsprosess. Det er en grunn til at en slik bestemmelse ikke tidligere har blitt vurdert inntatt i loven.

Stortinget bør vurdere å oppheve denne bestemmelsen.

6. Forslaget til § 9 første ledd annet punktum, og til endringer i § 18

Bestemmelsen i § 9 foreslår å innføre visumkrav for asylsøkere som befinner seg på norsk grense der det utøves norsk jurisdiksjonsmyndighet over søkeren.

Å kreve visum av asylsøkere i denne situasjonen, bare fordi vedkommende kommer fra et tredjeland som myndighetene vurderer som generelt trygt, innebærer systematisk *refoulement*, i strid med FK art. 33. Det er også i strid med menneskerettigheten til å søke og nyte godt av asyl, jf. Verdenserklæringen om de universelle rettigheter artikkel 14. Det er også mulig at dette spesielle visumkravet vil innebære brudd på folkerettslig sedvanerett.

Det er tilslørende for realitetene at bestemmelsen henviser til vernet etter § 73, når den samtidig bygger på at realitetsbehandling av søknaden skal nektes. Dette er ytterligere klart gjennom forslaget til § 18 første og tredje ledd, hvoretter summarisk avvisning kan foretas av en polititjenestemann. Det var for øvrig slik jødene ble avvist ved europeiske grenser i mellomkrigstiden. Spørsmålet er om man trekker rett lærdom.

Å vedta denne bestemmelsen medfører en konstant krenkelsessituasjon og systemsvikt i det norske asylsystemet. Stortinget risikerer med dette å pådra Norge et betydelig folkerettslig ansvar. Andre medlemsland til flyktningkonvensjonen kan i prinsippet saksøke Norge for Den internasjonale folkerettsdomstolen i Haag, jf. FK artikkel 38.

I tillegg vil den foreslåtte rettstilstanden trolig innebære ulovlig kollektiv utvisning etter EMK, og systematiske brudd på EMK art. 3.

Det bør også nevnes at den oppgaven politiet etter forslaget vil bli pålagt å gjennomføre, vil medføre en brutalisering av norsk politi, noe som i seg selv er meget uheldig. Potentielt kan den enkelte polititjenestemann pådra seg ansvar.

Det advares sterkt mot at Stortinget vedtar denne bestemmelsen.

7. Forslaget til § 90, nytt tredje ledd om umiddelbar iverksetting

Som riktig påpekt i høringsnotatet (s. 103), kan et vedtak om overføring til et annet land i medhold av Dublin III-forordningen ikke iverksettes før UNE har tatt stilling til en eventuell begjæring om utsatt iverksetting. Denne begrensningen er støttet av Dublin III-forordningen artikkel 27 bokstav c. Dublin-samarbeidet inneholder som nevnt foran under punkt 5 flere rettssikkerhetsgarantier, som kan gjøre retur til et tredjeland innen dette samarbeidet forsvarlig.

Ved retur til et tredjeland i medhold av tidligere nevnte § 32 første ledd bokstav d, finnes ikke de samme rettslige garantier for betryggende asylbehandling i tredjelandet. Det er derfor desto mer ubetryggende at det nå foreslås iverksetting "straks" ved utsendelse til *andre* tredjeland utenfor Dublinsamarbeidet, uten at UNE tar stilling til en begjæring om utsatt iverksetting.

Forslaget bør ikke vedtas.

8. Fjerningen av rimelighetsbegrensningen ved henvisning til internflukt

Rimelighetsbegrensningen ved henvisning til internflukt fjernes også i relasjon til vern som flyktning etter FK. Forslaget ligger for øvrig utenfor rammen av asylforliket.

Det som er anført om forholdet til internasjonale forpliktelser i høringsnotatet bør Stortinget ikke feste lit til.

Blant annet er påstanden om hva Høyesterett har "slått fast" i plenumsdommen fra 2015 misvisende, da det for et flertall i Høyesterett ikke var nødvendig å uttale seg om Norges forpliktelser etter FK, noe dette flertallet derfor heller ikke gjorde. Også det som er oppgitt som uttalt i traktatkommentaren til flyktningkonvensjonen (ved *Zimmermann*) gir etter min mening et uriktig bilde av hva som fremgår der. Kildebruken fremstår kort sagt som tendensiøs. Man kan spørre om formålet har vært å villedde Stortinget, slik at man kan få gjennom en lovendring man ellers ikke ville ha fått Stortinget med på?

Igjen kan det dessuten være grunn til å peke på at rettsspørsmålet ble grundig drøftet i forarbeidene til gjeldende lov, som Stortinget var vel innforstått med da 2008-loven ble vedtatt, jf. stortingskomiteens innstilling. Folkeretten er ikke endret siden det.

Sammenholdt med uriktige påstander om folkeretten andre steder i høringsnotatet, jf. de nevnte punkter foran i dette høringsnotatet hvor det er forutsatt at endringene ikke reiser folkerettslige problemer for Norge, innebærer alt dette at Stortinget ikke helt kan stole på Justisdepartementets utlegninger. Det er uvanlig i norsk statsskikk at et departement velger å sette sin faglige integritet på spill.

I korthet kan det godt legges til grunn at den eksakte *formulering* av den traktatrettslige begrensning ved henvisning til internflukt, for personer som ellers oppfyller kriteriene for flyktningstatus, har vært og stadig er diskutabel. Men det betyr ikke det samme som at en slik eller liknende rettslig begrensning *ikke finnes*.

Bakgrunnen for at UNHCR hele tiden har fremholdt at det må innfortolkes en begrensning, er at henvisning til internflukt ikke er omtalt i FKs bestemmelser eller i dens forarbeider, og at praksis med slik henvisning vokste gradvis og først nokså forsiktig frem i enkelte staters praksis på 1970-tallet. Praksisen har økt og blitt mer utviklet av flere stater gjennom de senere år, herunder i Norge, men denne har stort sett vært i samsvar med UNHCRs rettslige anbefalinger og EUs direktiver. Formuleringen av begrensningene kan forstås som et kompromiss -- hvor det på den ene side er tatt hensyn til staters behov og på den annen side er forsøkt unngått at flyktningvernet vesentlig uthules.

Den foreslåtte lovendring, som fjerner rimelighetsbegrensningen uten å erstatte den med en ny tilsvarende formulering, vil etter min vurdering kunne medføre systematiske folkerettsbrudd i norsk rett.

Forslaget bør ikke vedtas.

Bergen, 9. februar 2016

Terje Einarsen