

Vedlegg til rapporten «Et liv i usikkerhet – Norges bruk av opphør av flyktningstatus»

# Juridisk analyse av regelverket for opphør av flyktningstatus på grunn av endrede forhold i hjemlandet

André Møkkelgjerd



**Redd Barna**



Norsk organisasjon  
for asylsøkere

**NOAS**



Juridisk analyse av regelverket for opphør av flyktningstatus på grunn av endrede forhold i hjemlandet. Vedlegg til rapporten «Et liv i usikkerhet – Norges bruk av opphør av flyktningstatus»

© NOAS 2018

Norsk organisasjon for asylsøkere  
[www.noas.org](http://www.noas.org)  
[noas@noas.org](mailto:noas@noas.org)

# Innhold

1	INNLEDNING .....	5
1.1	Retten til asyl og retten til status som flytning .....	7
1.1.1	Flyktningkonvensjonens system.....	9
1.2	Hva er opphør av flyktningstatus? .....	9
1.2.1	Begrepsforvirring: Forskjellen på opphør og tilbakecall/kansellering.....	10
1.3	Rettslige rammer: Folkerett og juridisk metode .....	11
1.3.1	FNs høykommissær for flyktnings (UNHCR) mandat, rolle og rettslige betydning .....	13
1.3.2	Betydningen av andre konvensjoner enn flyktningkonvensjonen .....	17
1.3.3	Grunnlovens betydning.....	18
1.3.4	Betydningen av forsvarlig utredning av folkerettslige forpliktelser .....	19
2	FOLKERETTSLIGE RAMMER FOR OPPHØR AV FLYKTNINGSTATUS .....	20
2.1	Analyse av ordlyden i FK art. 1 C (5) .....	22
2.1.1	Vilkåret: «This convention shall cease to apply».....	22
2.1.2	Vilkåret: «because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee» .....	22
2.1.3	Vilkåret: «have ceased to exist».....	23
2.1.4	Vilkåret: «He can no longer [...] continue to refuse to avail himself» .....	23
2.1.5	Vilkåret: «of the protection of the country of his nationality».....	24
2.2	Unntaket: «compelling reasons» .....	27
3	RETTSLIGE RAMMER FOR OPPHØR AV FLYKTNINGSTATUS I NORSK RETT .....	29
3.1	Opphørsbestemmelsen i utlendingsloven § 37.....	29
3.2	Høyesteretts praksis i saker om opphør .....	30
3.2.1	Rt. 2010 s. 858 (personlige forhold) .....	30
3.2.2	HR-2018-572-A (Farida-saken) .....	32
3.3	Et barneperspektiv på opphør.....	35
4	NORSK PRAKSIS FOR OPPHØR AV FLYKTNINGSTATUS .....	38
4.1	Instruksen om opphør når beskyttelsesbehovet er bortfalt.....	40
4.1.1	Forholdsmessighet skal ikke vurderes (punkt 1, 4 og 11) .....	42

4.1.2	Dobbelgaranti? (punkt 2).....	44
4.1.3	Henvisning til internflukt (punkt 3).....	45
4.1.4	Vurdering av oppholdstillatelse på annet grunnlag (punkt 5, 7, 8, 9).....	46
4.1.5	Er instruksen i strid med loven og flyktningkonvensjonen?.....	47
4.1.6	Er instruksen barnesensitiv?.....	48
4.2	Stornemndvedtak om opphør for flyktninger fra Mogadishu .....	52
4.2.1	Anvendelse av Wien-konvensjonens tolkingsregler.....	54
4.2.2	Er stornemndvedtaket i strid med FK, utlendingsloven og/eller instruksen? .....	54
4.2.3	Er stornemndvedtaket i strid med EMK art. 8?.....	69
4.2.4	Er stornemndvedtakene barnesensitive? .....	75
5	KONKLUSJONER .....	76

# I Innledning

En regel om opphør av flyktningstatus som følge av endrede forhold i hjemlandet er nedfelt i FNs flyktningkonvensjon av 1951<sup>1</sup> (FK) art. 1 C (5) og gjennomført (inkorporert) i norsk rett i utlendingsloven (utl.) § 37.<sup>2</sup> Denne, og andre opphørsbestemmelser i flyktningkonvensjonen art. 1 C regulerer når en flyktning ikke lenger skal kunne anses som flyktning og nyte godt av rettighetene som følger med flyktningstatus. Norske myndigheter har besluttet at regelen om opphør av flyktningstatus som følge av endrede forhold skal anvendes i større grad.

Justis- og beredskapsdepartementet kom 31. mars 2016, noen få dager før regjeringens andre innstrammingspakke på utlendingsfeltet (Innstramminger II) ble annonsert,<sup>3</sup> med instruks om at hjemmelen for opphør skulle brukes mer aktivt.<sup>4</sup> Instruksen fulgte opp Stortingets såkalte asylforlik fra 19. november 2015.<sup>5</sup> Det ble gjort mindre revideringer i instruksen (den reviderte og gjeldende instruksen blir omtalt som 'instruksen' i det følgende) 30. september 2016.<sup>6</sup> Adgangen til å anvende opphør av flyktningstatus hadde ifølge regjeringen i liten grad og ikke systematisk vært benyttet til da, verken av norske utlendingsmyndigheter eller av andre europeiske land.<sup>7</sup> Den

- 
- 1 FNs konvensjon om flyktnings stilling i norsk versjon kan leses her: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1951-07-28/>. Den norske teksten er ikke offisiell og er på enkelte punkter upresist oversatt. Den offisielle engelske teksten kan leses her: <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.pdf>.
  - 2 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
  - 3 Prop. 90 L (2015–2016), Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II): <https://www.regjeringen.no/no/no/dokumenter/prop.-90-l-20152016/id2481758/>.
  - 4 GI-04/2016 – Instruks om tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/gi-042016--instruks-om-tilbakekall-av-flyktningstatus-og-oppholdstillatelse-nar-beskyttelsesbehovet-er-bortfalt-jf.-utlendingsloven--37-forste-ledd-bokstav-e-og-f/id2481475/>.
  - 5 Politisk avtale om tiltak for å møte flyktningkrisen, 19.11.2015: <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/andre-dokumenter/jd/2016/avtale-om-tiltak-for-a-mote-flyktningkrisen/id2462434/>.
  - 6 GI-14/2016 – revidert instruks om tilbakekall av flyktningstatus og oppholds-tillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f, 30.9.2016: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/gi-142016--revidert-instruks-om-tilbakekall-av-flyktningstatus-og-oppholds-tillatelse-nar-beskyttelsesbehovet-er-bortfalt-jf.-utlendingsloven--37-forste-ledd-bokstav-e-og-f/id2513169/>.
  - 7 Se f.eks. NOU 2004: 20 s. 156 flg. og Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) ('Ot. prp. Nr. 75' i det følgende), s. 102 flg., og Instruksen, avsnitt 2.

langvarige praksisen var i tråd med FNs høykommissær for flyktnings (UNHCR) anbefalinger om at flyktningstatus er ment å skulle gi en viss stabilitet og ikke bør være gjenstand for jevnligte revurderinger, blant annet for å fremme integrering.<sup>8</sup> Praksis var ikke bare i tråd med UNHCRs *anbefalinger*, men også med flyktningkonvensjonens *formål* om å beskytte flyktninger, gi dem en varig løsning og muligheter for integrering i fluktlandet.<sup>9</sup>

Instruksen innebar derfor en omlegging av langvarig forvaltningspraksis på utlendingsfeltet og ble begrunnet med resursmessige hensyn og økte ankomster av asylsøkere:

Den økte flyktningstrømmen har medført at det er viktig å prioritere de som faktisk trenger beskyttelse. Dersom utlendinger som ikke lenger har beskyttelsesbehov returnerer til sine hjemland, vil det medføre at Norge på sikt kan gi beskyttelse til nye grupper dersom det blir behov for dette.<sup>10</sup>

Instruksen er rettet både mot grupper og individer der det er konkrete indikasjoner på at beskyttelsesbehov har bortfalt. Instruksen reiser flere folkerettslige spørsmål. Når det gjelder somaliske flyktninger, viser denne rapporten at norsk praksis ikke er i tråd med Norges folkerettslige forpliktelser.<sup>11</sup> Utlendingsnemnda (UNE) satt sommeren 2016 stornemnd i to saker om opphør for flyktninger fra Mogadishu, som skulle avklare med «presedensvirkning» hvordan 1 600 liknende saker skulle behandles.<sup>12</sup> Praksisen overfor denne gruppen har blitt kritisert av UNHCR for å være i strid med flyktningkonvensjonen.<sup>13</sup>

Endringen gir grunn til en nærmere undersøkelse av grunnlaget for praksisen overfor denne gruppen, og særlig det rettslige rammeverket som ligger til grunn for praksisen. Det sentrale spørsmålet er om utlendingsloven og instruksen er i overenstemmelse

---

8 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03; <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 3.

9 Se FK art. 34; UNHCR, Conclusion on Local Integration No. 104 (LVI) – 2005, Executive Committee 56th session. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/1021: <http://www.unhcr.org/excom/exconc/4357a91b2/conclusion-local-integration.html>.

10 Instruksen, avsnitt 2.

11 Se RS 2016-002, Oversendelse av søknader om permanent oppholdstillatelse der UDI skal vurdere tilbakekall av beskyttelse jf. GI-14/2016, av 8.4.2016: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udirundskriv/rs-2016-002/>.

12 Se nærmere om utlendingsforvaltningens praksis i avsnitt 4.

13 Se UNHCRs brev til Sylvi Listhaug av 7.11.2016, blant annet publisert i Dagbladet, Torun Støbbakk, FN ber Listhaug om å ikke sende ut somaliske flyktninger med tvang, Dagbladet 16.11.2016: <https://www.dagbladet.no/nyheter/fn-ber-listhaug-om-a-ikke-sende-ut-somaliske-flyktninger-med-tvang/65225101>.

med flyktningkonvensjonen, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK),<sup>14</sup> barnekonvensjonen<sup>15</sup> og Grunnloven. Dersom norsk lov og praksis er i strid med disse konvensjonene, må det norske regelverket vike for folkeretten og på sikt endres jf. utlendingsloven § 3. Det samme gjelder dersom lov og praksis er i strid med Grunnloven.<sup>16</sup>

Denne rapporten er avgrenset til de generelle opphørsklausulene i flyktningkonvensjonen som skyldes endrede forhold i hjemlandet og rettslige problemstillinger som oppstår som følge av disse. Situasjonen der flyktningen er et barn gis særskilt oppmerksomhet i fremstillingen, ved at barnekonvensjonen vurderes der den er relevant.

## 1.1 Retten til asyl og retten til status som flytning

Å søke asyl er en grunnleggende menneskerett. I FNs verdenserklæring om menneskerettighetene art. 14 fra 1948 er retten formulert som følger i uoffisiell norsk versjon: «Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse.»<sup>17</sup> Verdenserklæringen er ikke formelt sett juridisk bindende, men den forplikter statene politisk, og det er bred enighet om at i alle fall deler av erklæringen har status som folkerettslig sedvanerett og derfor er bindende for alle stater. Innholdet i en sedvanerettslig «rett til asyl» er noe uklar, men det er i dag ingen tvil om at statene som et utgangspunkt er forpliktet til å slippe inn og behandle en søknad om asyl fra en person som befinner seg ved deres grense. Det følger blant annet av forpliktelsen til ikke å returnere noen til tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, som omtales som *non-refoulement-prinsippet*. Prinsippet har status som folkerettslig sedvanerett og utgjør kjernen i asylretten.<sup>18</sup>

---

14 Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) kan leses i uoffisiell norsk versjon her: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1950-11-04/>.

15 FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989 kan leses i uoffisiell norsk versjon her: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1989-11-20/>.

16 Se Grunnloven § 89.

17 Verdenserklæringen om menneskerettighetene: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/internasjonale-konvensjoner-og-avtaler/1948-12-10/>

18 Se Cambridge University Press, *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*, June 2003: <http://www.refworld.org/docid/470a33afo.html>, s. 140; Andreas Zimmermann og Philipp Wennholz i Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 1411; NOU 2004:20, Ny utlendingslov, s. 76 og 82; UNHCR, Note on the Principle of Non-Refoulement, November 1997, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/438c6d972.html>; André Møkkelgjerd, *Asylkoden – 99 spørsmål og svar fra den norske asyldebatten*, s. 9.

I mange tilfeller settes det upresist likhetstegn mellom «retten til asyl» – som kan ha flere betydninger – og retten til status som flyktning etter FNs flyktningkonvensjon av 1951. De to begrepene har ulike rettslige grunnlag og er ikke identiske, selv om de har likhetstrekk og til dels overlapper. Flyktningkonvensjonen regulerer ikke direkte og formelt noen rett til asyl og bruker ikke betegnelsen, slik den brukes i verdenserklæringen, foruten i fortalen der det oppfordres til internasjonalt samarbeid om løsningen av verdens flyktningproblem fordi «innrømmelse av asyl kan påføre visse land uforholdsmessig store byrder».<sup>19</sup> FK kan likevel sies å inneholde en implisitt rett til asyl, og flyktningstatus i tråd med FK vil også kunne omtales som *de facto* asyl. Selv om retten til asyl i verdenserklæringen er formulert på en måte som ikke oppstiller noen plikt for staten til å «gi» asyl, har en person som omfattes av flyktningkonvensjonens definisjon av en flyktning et individuelt rettskrav på flyktningstatus.

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a gjennomfører FNs flyktningkonvensjon art. 1 A 2 og definerer en flyktning som en person med velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning. Denne samme bestemmelsens bokstav b gjennomfører blant annet EMK art. 3 og bestemmer at personer som risikerer å bli utsatt for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling også er flyktninger etter norsk lov og vernet mot retur.<sup>20</sup>

Definisjonen av en flyktning i norsk rett er altså utvidet fra det som følger av flyktningkonvensjonen, og det er i norsk rett (utlendingsloven § 28 annet ledd) satt likhetstegn mellom asyl og flyktningstatus: «En utlending som anerkjennes som flyktning etter første ledd, har rett til oppholdstillatelse (asyl).» Flyktningkonvensjonens regler for opphør er sentrale i en folkerettslig analyse av når en status som flyktning opphører etter begge regelsett. Loven er ment å likestille de to kategoriene av flyktninger i Norge og gi dem samme rettigheter, også når det gjelder opphør.<sup>21</sup> I det følgende vil analysen av opphør hovedsakelig konsentreres om flyktningkonvensjonens opphørsregler, i tråd med lovgivers intensjon om at reglene skal gjelde også for flyktninger etter utl. § 28 første ledd bokstav b.

---

19 FK fortalen fjerde avsnitt.

20 Se Grunnloven § 93(2), flyktningkonvensjonen artikkel 33, EMK artikkel 3, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter ('SP') artikkel 7, FNs torturkonvensjon ('CAT') artikkel 3, utlendingsloven art. 73.

21 Se Ot.prp. nr. 75, s. 104-105; Innst. O. nr. 42 (2007-2008), Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven): <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Odelstinget/2007-2008/inno-200708-042/>, avsnitt 4.1.7: «Departementet er også enig i at det må gjelde samme regler for opphør av flyktningstatus for dem som får slik status uten å være omfattet av flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon.»



### 1.1.1 Flyktningkonvensjonens system

Flyktningkonvensjonen angir i art. 1 hvem som omfattes av konvensjonen og som har krav på status som flyktning, med de rettigheter som følger med. Konvensjonen gir flyktninger rettigheter innen en rekke samfunnsområder gjennom artiklene 3 til 34.

Artikkel 1 A angir definisjonen av en flyktning (inklusionsbestemmelsen).<sup>22</sup>

Gjennom bokstav B kunne statene begrense konvensjonen til forhold i Europa, eller gi den global anvendelse.<sup>23</sup> Norge valgte ved ratifikasjon å gi konvensjonen global anvendelse. De fleste stater gjør dette i dag som følge av tilleggsprotokollen til konvensjonen av 1967.<sup>24</sup>

Bokstav C til F angir når statusen opphører og hvem som likevel ikke skal ha status som flyktning, selv om vilkårene i art. 1 A (inkludering) i utgangspunktet er oppfylt (de såkalte opphørs- og eksklusjonsgrunnene).<sup>25</sup> Bokstav D inneholder en særbestemmelse for palestinske flyktninger som er beskyttet av FNs hjelpeorganisasjon for palestina-flyktninger (UNRWA). Bokstav E gjelder personer som har tilnærmet samme rettigheter og forpliktelser som statsborgere i et land der de er bosatt. Bokstav F gjelder personer som det er alvorlig grunn til å anta har begått visse kriminelle handlinger og som derfor utelukkes fra status som flyktning.

Bokstav C inneholder regler om det som er rapportens tema, opphør av flyktningstatus.

## 1.2 Hva er opphør av flyktningstatus?

Flyktningkonvensjonen art. 1 C inneholder seks litraer. De fire første omhandler individuelle forhold som flyktningen selv rår over, og vil ikke bli behandlet nærmere i rapporten:

---

22 Første alternativ gjelder flyktninger etter eldre konvensjoner og er lite praktisk i dag (art. 1 A 1). Andre alternativ er bestemmelsen som er relevant for dagens flyktninger (art. 1 A 2).

23 St.prp. nr. 135 (1952): [https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Levevisning/?p=1952&paid=2&wid=a&psid=DIVL1521&pgid=a\\_o894](https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Stortingsforhandlinger/Levevisning/?p=1952&paid=2&wid=a&psid=DIVL1521&pgid=a_o894),

24 Se tilleggsprotokollens art. 1(3), UN General Assembly, Protocol Relating to the Status of Refugees, 31 January 1967, United Nations, Treaty Series, vol. 606, p. 267: <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3ae4.html>.

25 Se generelt Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F, Folkerettslig og komparativ studie av eksklusjons- og opphørsgrunnene*: [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf).

1. Frivillig søke sitt hjemlands beskyttelse
2. Frivillig gjenerverv av hjemlandets statsborgerskap
3. Erverv av annet statsborgerskap og beskyttelse fra den nye stat
4. Frivillig bosetting i hjemlandet

De to siste (femte og sjette litra) gjelder det som vil være gjenstand for nærmere undersøkelse i rapporten: Opphør grunnet endrede forhold i hjemlandet, som gjør at flyktningen ikke lenger kan nekte å nyte godt av hjemlandets beskyttelse. Femte litra gjelder for flyktninger generelt, mens sjette litra gjelder statsløse flyktninger. Innholdsmessig er de to bestemmelsene svært like, og analysen vil i det følgende avgrensnes til femte litra.<sup>26</sup>

Konsekvensene av opphør vil være at man mister sin status som flyktning, rettighetene som følger med statusen, og som hovedregel også retten til oppholdstillatelse i Norge.<sup>27</sup> Opphørsbestemmelsene er ifølge UNHCR uttømmende regulert og må anvendes med forsiktighet.<sup>28</sup>

Hvordan flyktningkonvensjonen art. 1 C (5) ('opphearsbestemmelsen') skal tolkes og forstås, behandles nærmere i avsnitt 2.

### 1.2.1 Begrepsforvirring: Forskjellen på opphør og tilbakekall/kansellering

Konseptet opphør (*cessation*) må holdes adskilt fra andre beslutninger som avslutter (tilbakekaller) en status som flyktning (generelt: *withdrawal*). Kansellering (*cancellation*) er basert på at en flyktning aldri skulle vært anerkjent som flyktning, for eksempel fordi status er gitt på feilaktig faktisk grunnlag, eller at personen skulle vært ekskludert/utelukket etter art. 1 F (utlendingsloven § 31). Opphør og kansellering må

---

26 Se Generelt, Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 485-535.

27 Det er viktig å være klar over at status som flyktning, og eventuelt opphør av status som flyktning, ikke nødvendigvis må ha sammenheng med tillatelsen til å oppholde seg i Norge. Status etter konvensjonen, og status for opphold etter intern norsk rett er to forskjellige ting, se Ot.prp. nr. 75, s. 103.

28 UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html> ('UNHCRs Håndbok'), avsnitt 116: «The cessation clauses are negative in character and are exhaustively enumerated. They should therefore be interpreted restrictively[.]»

igjen holdes adskilt fra opphevelse som følge av at en flyktning begår handlinger som omfattes av bestemmelser om eksklusjon i art. 1 F(a) eller (c) etter at personen er anerkjent som flyktning (*revocation*).<sup>29</sup>

Beklageligvis bruker loven (og instruksen) betegnelsen «tilbakekall» om både opphør (utlendingsloven § 37) og kansellering (utlendingsloven § 63). Begrepet «opphør» brukes i overskriften til § 37, men ikke i bestemmelsens ordlyd. Selve opphørsbestemmelsen har videre en uheldig kopling til kansellering.<sup>30</sup> Dersom tilbakekall skal anvendes som en generell betegnelse, bør det samtidig tydeliggjøres at tilbakekall etter § 63 er «kansellering».

Det er prinsipielt stor forskjell på opphør og kansellering, noe UNHCR også påpekte i sin høringsuttalelse da utlendingsloven ble vedtatt.<sup>31</sup> Selv om departementet var enig med UNHCR i at man bør forsøke å skille mellom konseptene, fikk loven sin nåværende og uheldige utforming,<sup>32</sup> hvor de to konseptene nå nærmest fremstår som to sider av samme sak.

Det presiseres at denne rapporten kun behandler spørsmål om *opphør*.

### 1.3 Rettslige rammer: Folkerett og juridisk metode

Utgangspunktet for den folkerettslige analysen er flyktningkonvensjonen og Wien-konvensjonen om traktatretten ('Wien-konvensjonen'). For å avgjøre når opphør kan anvendes, må rekkevidden av flyktningkonvensjonen artikkel 1 C tolkes ved hjelp av Wien-konvensjonens tolkingsregler. Det tillates ingen forbehold til FK. art. 1, jf. FK art. 42. I prinsippet skal alle stater legge til grunn en felles forståelse av hvem som er flyktning etter FK art. 1 A 2 (inkludasjon), når slik status opphører (opphør) etter FK art. 1 C og hvem som likevel ikke skal ha slik status etter FK art. 1 D-F (eksklusjon).<sup>33</sup>

Som anerkjent av Høyesterett, gir Wien-konvensjonen om traktatretten uttrykk for sedvanerettslige regler for hvordan tolkingen av en traktat skal gjøres (Rt. 2010 s.

---

29 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 4.

30 Lovens § 37 første ledd første setning starter med en henvisning «Ved siden av tilbakekall etter § 63 kan status som [...] også tilbakekalles [...]».

31 Ot.prp. nr. 75, s. 104-105.

32 *Ibid.*, s. 105.

33 Se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 77-92 og 146-148.

858 avsnitt 38).<sup>34</sup> Wien-konvensjonen artikkel 26 pålegger statene en plikt til å oppfylle traktaten i god tro. Etter artikkel 27 kan nasjonale rettsregler ikke brukes som argument for ikke å oppfylle en traktatforpliktelse. Etter artikkel 19 kan det ikke tas forbehold som ikke tillates av traktaten, jf. FK art. 42.

Høyesterett har oppsummert utgangspunktet for tolkingen som følger:

Ved tolkningen av artikkel I C (5) bygger jeg på artikkel 31-33 i Wienkonvensjonen av 1969 om traktatolkning. Norge har ikke tiltrådt konvensjonen, men de nevnte bestemmelsene gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett. Det følger av artikkel 31 nr. 1 at en traktat «shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose».<sup>35</sup>

Høyesterett gjengir her bare en del av Wien-konvensjonen art. 31, som inneholder én generell hovedregel for tolkingen, med flere ledd og litraer. Det følger av bestemmelsen at blant annet traktatens fortale (art. 31(2)) kan gi «context» for tolkingen. Fortalen er generelt anerkjent som en kilde for å avklare en konvensjons formål. Statspraksis er en relevant tolkingsfaktor, men kun praksis «which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation». Også andre folkerettsregler som statene er bundet av har relevans for tolkingen jf. Wien-konvensjonen art. 31(3)(c).

Som «supplementary means of interpretation» (art. 32) regnes blant annet traktatens forarbeider og praksis fra internasjonale organer som UNHCR.<sup>36</sup> Forarbeidene er relevante for å bekrefte en tolkning, eller hvis tolkningen etter anvendelse av hovedregelen (art. 31) er «ambiguous or obscure» eller «manifestly absurd or unreasonable».

Etter FK art. 38 er Den internasjonale domstolen i Haag (ICJ) verneting for tvister om fortolkning eller anvendelse av FK. Dette får metodiske følger, ved at domstolens rettskildebruk må anvendes. Det betyr at det er de folkerettslige kildene som angitt i domstolens statutter art. 38 som danner utgangspunkt for analysen (traktater, folkerettslig sedvanerett, generelle rettsprinsipper og som subsidiære kilder; dommer og juridisk teori).<sup>37</sup>

---

34 Dommen gjaldt spesifikt tolking av FK art. 1 C 5, og om endringer i personlige forhold var omfattet av FK art. 1 C 5. Se også videre henvisninger i Rt. 2012 s. 139 avsnitt 38 og Rt. 2012 s. 494 avsnitt. 33.

35 Rt. 2010 s. 858 avsnitt 38.

36 Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 71-72.

37 Artikkel 38 anses også ha status som folkerettslig sedvanerett.

Internrettslige norske kilder har ingen relevans eller vekt i en folkerettslig analyse om tolkingen av FK, foruten der kilden har argumentasjonsverdi, eller der den sett i sammenheng med andre lands praksis kan sies å gi uttrykk for enighet om tolkingen av konvensjonen jf. bestemmelsen om statspraksis i Wien-konvensjonen art. 31(3)(b).<sup>38</sup>

Internrettslige norske kilder *har* betydning i spørsmålet om den folkerettslige *regelens* – altså produktet av tolkingen – gjennomslag i norsk rett jf. utl. § 3. Etter utlendingsloven § 3 skal loven anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse har til formål å styrke individets stilling. Dette betyr ifølge forarbeidene at flyktningkonvensjonen og andre «folkerettslige forpliktelser i favør av utlendinger har umiddelbar internrettslig virkning», og at:

[...] dersom det skulle oppstå tvil ved anvendelsen av en bestemmelse, innebærer § 3 at **man skal anvende det tolkningsalternativ som gjør at folkerettsbrudd unngås**. Internasjonale regler som Norge er bundet av skal altså benyttes til tolkning og utfylling av loven, **til erstatning** for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning. Med internasjonale regler som Norge er bundet av, siktes det til Norges internasjonale forpliktelser etter folkeretten. **Også folkerettslige soft law-prinsipper vil kunne ha betydning** når norsk rett skal tolkes i lys av folkeretten. Bestemmelsen i § 3 omfatter både nåværende og fremtidige internasjonale forpliktelser.<sup>39</sup> (vår utheving)

I tråd med dette, vil den følgende analysen ta utgangspunkt i flyktningkonvensjonens ordlyd, og supplere med andre rettskilder som UNHCRs syn på tolkingen av FK.

### 1.3.1 FNs høykommissær for flyktingers (UNHCR) mandat, rolle og rettslige betydning

UNHCR er etter flyktningkonvensjonen artikkel 35 gitt mandat til å føre tilsyn med at statene oppfyller sine forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. Statene er etter samme bestemmelse gitt en samarbeidsplikt med Høykommissæren. Bestemmelsen er inkorporert i utlendingsloven § 98.

UNHCRs uttalelser og anbefalinger er ikke formelt sett rettslig bindende, men de inneholder moralske og politiske forpliktelser og kan beskrive bindende forpliktelser som følger av FK. Det er for øvrig få rettskilder som formelt sett er bindende. Det sentrale i en folkerettslig (og internrettslig) analyse er hvilken relevans og vekt rettskilden har. I den konkrete rettsanvendelsen vil den relative vekten være avhengig av vekten av andre relevante rettskilder.

---

38 Se generelt Geir Ulfstein, «Den rettslige betydningen av avgjørelser fra menneskerettslige konvensjonsorganer», *Lov og rett*, nr. 9 2012, s. 563-566.

39 Ot.prp. 75 (2006-2007), s. 401.

Styringsorganet for UNHCR er Eksekutivkomiteén ('ExCom'), hvor både store giverland og vertsland for flyktninger er representert. Komiteen vedtar blant annet såkalte ExCom-beslutninger som i praksis har stor betydning for hvordan flyktninger behandles på verdensbasis. ExCom-beslutninger kan gi uttrykk for statenes syn på internasjonale forpliktelser og kan bidra til å utvikle folkeretten, men komiteen har ikke samme mandat som UNHCR til å føre tilsyn med konvensjonen.<sup>40</sup>

Som konvensjonens overvåkingsorgan, med mer enn 60 års erfaring fra arbeid i over hundre land, er UNHCR unikt plassert til å uttale seg om tolkningen av konvensjonen.<sup>41</sup> Selv om det er korrekt, er det ikke et vektig argument hvis det fremheves at det UNHCR sier generelt ikke er bindende. Innholdet i Høykommissærens uttalelser må tolkes, og det må tas stilling til om de gir uttrykk for en tolkning av FK i tråd med Wien-konvensjonens regler, eller kun er anbefalinger om for eksempel «best practice». Det sentrale er at uttalelser fra Høykommissæren har *relevans* i en folkerettslig analyse, jf. Wien-konvensjonen art. 26 jf. FK art. 35. Dersom en uttalelse gir uttrykk for en tolkning av flyktningkonvensjonen (eller andre konvensjoner som omfattes av mandatet) i tråd med Wien-konvensjonens tolkingsregler, må norske myndigheter – inkludert Høyesterett – som et minimum anvende de samme tolkingsreglene på korrekt måte dersom de er uenige i UNHCRs tolkning og vise at denne tolkningen ikke er korrekt, for at FK skal anses oppfylt i god tro.<sup>42</sup> En stats unnlattelse av å gjøre dette, vil kunne innebære et brudd på det grunnleggende prinsippet om at traktaten skal oppfylles i god tro, jf. Wien-konvensjonen art. 26.<sup>43</sup> Uten en slik vurdering kan *tolkningen* vanskelig anses gjort i god tro, jf. Wien-konvensjonen art. 31(1).

---

40 Se André Møkelgjerd, *Asylkoden – 99 spørsmål og svar fra den norske asyldebatten*, s. 10-11; Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 72.

41 Se Marjoleine Zieck i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 1495.

42 Se uttalelse fra den internasjonale domstolen i Haag i relasjon til SP: ICJ, Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo), 2010, avsnitt 66. Se også uttalelse fra Venezia-kommisjonen (Den europeiske kommisjonen for demokrati gjennom lovgiving) som går i samme retning: CDL-AD(2014)036-e, Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts, adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session (Rome, 10-11 October 2014), avsnitt 78.

43 Den internasjonale domstolen i Haag har uttalt følgende om Wien-konvensjonen art. 26: «What is required in the present case by the rule pacta sunt servanda, as reflected in Article 26 of the Vienna Convention of 1969 on the Law of Treaties, is that the Parties find an agreed solution within the cooperative context of the Treaty. Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that «Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.» This latter element, in the Court's view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized.», se ICJ, Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, ICJ Reports 1997, s. 78-9, avsnitt 142. Se også Geir Ulfstein, Høyesteretts anvendelse av traktatorganers tolkningspraksis, Lov og rett, vol. 55, 7, 2016, s. 399; Arnfinn Bårdsen, Betydningen i norsk rett av FM-komiteenes uttalelser i individuelle klagesaker, Tidsskrift for rettsvitenskap, vol. 130, 2-3/2017, s. 169.

UNHCRs uttalelser kan også ha relevans etter Wien-konvensjonen art. 32 jf. ICJ-statuttene art. 38 (1)(d). De kan bidra til å bekrefte en tolkning som følger av andre rettskildefaktorer eller avklare en tolkning der anvendelsen av den primære tolkningsregelen ikke gir tilstrekkelig avklaring.<sup>44</sup>

UNHCRs håndbok ble utarbeidet på initiativ fra medlemsstatene i eksekutivkomiteen.<sup>45</sup> I etterkant av håndboken har UNHCR publisert såkalte «Guidelines on International Protection» om tolking og anvendelse av ulike sider av flyktningkonvensjonen.<sup>46</sup> UNHCR utga i 2003 guidelines om de generelle opphørsgrunnene (litra 5 og 6) som blir omtalt i denne rapporten.<sup>47</sup>

UNHCR gir også landspesifikke anbefalinger, og har blant annet kommunisert sitt syn på anvendelsen av opphørsreglene for flyktninger fra Sør- og Sentral-Somalia gjennom et brev til daværende statsråd Sylvi Listhaug.<sup>48</sup>

UNHCRs syn på tolking av flyktningkonvensjonen skal ifølge forarbeidene til utlendingsloven «veie tungt».<sup>49</sup> Både lovgiver og Høyesterett har lagt til grunn at UNHCRs håndbok for tolkning av kriteriene for flyktningstatus generelt bør «tillegges atskillig vekt».<sup>50</sup>

---

44 Se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 75.

45 Se forordet til UNHCRs håndbok, UNHCR, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, December 2011, HCR/1P/4/ENG/REV. 3: <http://www.refworld.org/docid/4f33c8d92.html>, s. 1.

46 UNHCR, Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten) v. A, B, C, D before the Supreme Court of Norway: Affidavit of Janice Lyn Marshall, 26 October 2015: <http://www.refworld.org/docid/562f546c4.html>, avsnitt 7-8.

47 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e50de6b4.html>.

48 Se UNHCRs brev til Sylvi Listhaug av 7.11.2016, blant annet publisert i Dagbladet, Torun Støbakk, FN ber Listhaug om å ikke sende ut somaliske flyktninger med tvang, Dagbladet 16.11.2016: <https://www.dagbladet.no/nyheter/fn-ber-listhaug-om-a-ikke-sende-ut-somaliske-flyktninger-med-tvang/65225101>.

49 Se Innst. O. Nr. 42 (2007-2008), s. 18 (flertallet): «UNHCRs anbefalinger skal veie tungt ved norske myndigheters tolkning av flyktningkonvensjonen.»

50 Se Rt. 2012 s. 139 avsnitt 50, som viser til Rt. 2010 s. 858 avsnitt 44 med ytterligere henvisninger. Se også generelt Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 73-75.

### 1.3.1.2 UNHCRs statutter

UNHCR har også et institusjonelt mandat gjennom sine statutter.<sup>51</sup> Høykommissæren og statuttene ble opprettet før flyktningkonvensjonen, og UNHCRs involvering i opphør og repatriering kan ha grunnlag både i statuttene og konvensjonen. UNHCR omtaler ofte «voluntary repatriation» – altså frivillig tilbakevending, som en av tre varige løsninger.<sup>52</sup> Dette har grunnlag i UNHCRs statutter som angir et snevrere opphørsgrunnlag enn FK og som tilsier at UNHCR kun involverer seg i *frivillig* repatriering:

[6 A (e)] He can no longer, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, **claim grounds other than those of personal convenience for continuing to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality.** Reasons of a purely economic character may not be invoked[.]

[...]

8. The High Commissioner shall provide for the protection of refugees falling under the competence of his Office by:

[...]

(c) Assisting governmental and private efforts to **promote voluntary repatriation** or assimilation within new national communities[.]<sup>53</sup> (vår utheving)

En generell erklæring om frivillig repatriering fra UNHCR er ikke nødvendigvis det samme som at opphør etter FK er anvendelig for alle som omfattes av erklæringen. Ordlyden i FK art. 1 C (5) forutsetter, på samme måte som vurderingen av om en asylsøker er flyktning etter FK art. 1 A 2, en individuell vurdering.<sup>54</sup> Det er derfor nødvendig med en individuell vurdering av om vilkårene for opphør er oppfylt.<sup>55</sup> Flyktninger kan frivillig vende tilbake også der de fortsatt har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og det er en egen opphørsregel om når slik re-etablering fører til opphør (art. 1 C (4)). Ved opphør har tilfluktstaten ikke lenger noe ansvar for den tidligere flyktningen. Den kan derfor forvente at personen skal returnere til hjemlandet med

---

51 UN General Assembly, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950, A/RES/428(V): <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html>.

52 James C. Hathaway, «The Rights of States to Repatriate Former Refugees», *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol 20, no. 1 (2005), s. 180. Det finnes flere «varige løsninger» enn de tre som tradisjonelt omtales.

53 UN General Assembly, Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950, A/RES/428(V): <http://www.refworld.org/docid/3ae6b3628.html>.

54 James C. Hathaway, «The Rights of States to Repatriate Former Refugees», *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol 20, no. 1 (2005), s. 182.

55 UNHCR, Cessation of Status No. 69 (XLIII) – 1992, 9 October 1992, No. 69 (XLIII) – 1992: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c431c.html>, bokstav d.



mindre det foreligger andre grunnlag for fortsatt opphold. Retur som følge av opphør kan derfor tenkes gjennomført på ulike måter, ikke bare frivillig, men i siste instans også med tvang.<sup>56</sup>

Eksekutivkomiteen har vært klar på at det er statene som beslutter om vilkårene for opphør er oppfylt, men at UNHCR har en rolle å spille basert på sitt mandat etter FK:

Taking into account that the **application of the cessation clause(s) in the 1951 Convention rests exclusively with the Contracting States**, but that the High Commissioner should be appropriately involved, in keeping with the role of the High Commissioner in supervising the application of the provisions of the 1951 Convention as provided for in Article 35 of that Convention[.]<sup>57</sup> (vår utheving)

Eksekutivkomiteen har også vært klar på at UNHCRs generelle erklæringer basert på statuttene kan være til hjelp i en opphørsvurdering, som en indikasjon på at forholdene i en stat er i ferd med å bedres:

[...] any declaration by the High Commissioner that the competence accorded to her by the Statute of her Office with regard to certain refugees shall cease to apply, **may be useful** to States in connection with the application of the cessation clauses as well as the 1951 Convention[.]<sup>58</sup> (vår utheving)

UNHCRs uttalelser om opphør må derfor lese og tolkes nøye, for å avklare omfanget av og grunnlaget for det som uttales.<sup>59</sup>

### 1.3.2 Betydningen av andre konvensjoner enn flyktningkonvensjonen

Opphør reiser også andre rettslige spørsmål, fordi en slik beslutning innebærer at det gripes inn i utlendingers etablerte rettigheter i Norge.

Personer som gjennom flere år har hatt en oppholdstillatelse som flyktning i Norge kan etter EMK art. 8 ha etablert et privat- og familieliv som er beskyttet av EMK.

---

56 James C. Hathaway, «The Rights of States to Repatriate Former Refugees», *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol 20, no. 1 (2005), s. 177-178 og 191.

57 UNHCR, Cessation of Status No. 69 (XLIII) - 1992, 9 October 1992, No. 69 (XLIII) - 1992: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c431c.html>, andre avsnitt.

58 *Ibid.*, tredje avsnitt.

59 Se generelt en kritikk av UNHCRs sammenblanding av frivillig tilbakevending etter mandatet og vurdering av opphør etter FK i James C. Hathaway, «The Rights of States to Repatriate Former Refugees», *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol 20, no. 1 (2005), s. 175-216; se også generelt Marjoleine Zieck i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 1496.

Etter EMDs praksis vil de kunne anses som såkalte «settled migrants». Forholdsmessigheten av inngrep i retten til privat- og familieliv, som å frata noen en oppholdstillatelse, må alltid vurderes (se avsnitt 4.2.3).

Der flyktingene er barn, er også flere bestemmelser i barnekonvensjonen relevante. Barnekonvensjonen art. 22 oppstiller en plikt til å ivareta flyktningsbarn i tråd med nasjonale og internasjonale regelverk. Etter barnekonvensjonen art. 3 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i alle beslutninger som gjelder barn (se nærmere i avsnitt 3.3, 4.1.6 og 4.2.4).

Disse reglene kan ha relevans i selve opphørsvurderingen jf. FK art. 5 som angir at statene har adgang til å innrømme flyktinger bedre rettigheter og større fordeler enn det som følger av FK,<sup>60</sup> men også i en vurdering av om disse flyktingene kan ha rett til en oppholdstillatelse på annet grunnlag, for eksempel rett til permanent oppholdstillatelse eller opphold på humanitært grunnlag.

### 1.3.3 Grunnlovens betydning

Grunnloven har regler som i stor grad tilsvare EMK art. 3, EMK art. 8 og Barnekonvensjonen art. 3. Grunnloven § 93 forbyr tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Grunnloven § 102 sikrer respekt for privat- og familieliv. Grunnloven § 104 sikrer blant annet at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Høyesterett har formulert sammenhengen mellom de to sistnevnte rettighetene som følger:

Det er en nær forbindelse mellom privat- og familielivet og regelen om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn. Grunnloven § 102 og § 104 er på dette området komplementære, slik at barnets interesser inngår som et tungtveiende element ved forholdsmessighetsvurderingen etter Grunnloven § 102.<sup>61</sup>

Vi går ikke nærmere inn på hva som følger av grunnlovsbestemmelsene her. Det legges i tråd med Høyesteretts syn til grunn at Grunnloven, for denne rapportens formål, i stor grad gir samme beskyttelse som de relevante menneskerettskonvensjonsbestemmelsene. Høyesterett uttalte i Rt. 2015 s. 93 (Maria) når det gjelder Grunnloven § 102 at:

Likhetstrekkene med EMK er store. Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle

---

60 FK art. 5 lyder som følger: «Nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention.»

61 Rt. 2015 s. 93 (Maria), avsnitt 66; Rt. 2015 s. 155, avsnitt 61.

konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett – ikke de internasjonale håndhevsorganene – som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.<sup>62</sup>

En konsekvens av dette er at et brudd på konvensjonene også med stor sannsynlighet vil innebære et brudd på Grunnloven.

### 1.3.4 Betydningen av forsvarlig utredning av folkerettslige forpliktelser

De metodiske rammene som er trukket opp over, er en forutsetning for en korrekt tolkning og anvendelse av folkerettsregler i norsk rett. Det er særlig grunn til å understreke viktigheten av at Wien-konvensjonen om traktatretten anvendes ved tolkingen av traktater.

Justis- og beredskapsdepartementet viser svært sjelden til Wien-konvensjonen. Det gjelder både når lovforslag fremsettes for Stortinget, og når praksis endres gjennom instruksjer. Regelverket kan da ikke sies å være forsvarlig utredet.

Norges Nasjonale institusjon for menneskerettigheter har i sin årsrapport for både 2016 og 2017 fremhevet at utredningsinstruksen<sup>63</sup> oppstiller en del minimumskrav til utredning, som blant annet omfatter et krav om vurdering av «hvilke prinsipielle spørsmål» tiltakene reiser:

Svært mange lovforslag reiser komplekse menneskerettsspørsmål, og forhastede lovgivningsprosesser er ikke egnet til å ivareta statens sikringsplikt etter EMK artikkel 1 og Grunnloven § 92. Denne plikten innebærer selvsagt også at staten må iverksette tilstrekkelige tiltak for å forebygge menneskerettskrenkelser. Dette gjøres primært gjennom gode nasjonale lovgivningsprosesser, med gode og grundige utredninger av menneskerettslige spørsmål. Nasjonal institusjon mener at dette i større grad bør reflekteres i den instruksen som regulerer hvilke krav som skal stilles til blant annet utredning av lovgivningstiltak.<sup>64</sup>

I denne rapporten anvendes Wien-konvensjonens regler. Reglene burde også anvendes av norske myndigheter når prinsipielle folkerettsspørsmål skal utredes.

---

62 Rt. 2015 s. 93 (Maria), avsnitt 57 og 60.

63 Se omtale av hvilke endringer som ble gjort siste gang instruksen ble endret: <https://www.regjeringen.no/no/no/dokumenter/instruks-om-utredning-av-statlige-tiltak-utredningsinstruksen/id2476518/>.

64 NIM årsmelding 201, s. 20-21. Oppfordringen ble gjentatt i årsmeldingen for 2017, se NIM årsmelding 2017 s. 19-20.

## 2 Folkerettslige rammer for opphør av flyktningstatus

Opphør av flyktningstatus omfattes av FK art. 1, og er blant bestemmelsene i konvensjonen statene ikke kan reservere seg mot jf. FK art. 42. Rammene for norske myndigheters anvendelse av opphør må fastlegges gjennom tolking av FK art. 1 C (5) i tråd med Wien-konvensjonens regler. Det må legges til grunn at det i prinsippet finnes én felles og korrekt tolkning for alle stater som er bundet av konvensjonen.

Ordlyden i art. 1 C (5) lyder som følger i offisiell engelsk versjon:

This Convention shall cease to apply to any person falling under the terms of section A if:

[...]

He can no longer, because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality;

Provided that this paragraph shall not apply to a refugee falling under section A(1) of this article who is able to invoke compelling reasons arising out of previous persecution for refusing to avail himself of the protection of the country of nationality;

Ifølge UNCHR's håndbook er opphørsreglene «negative in character and are exhaustively enumerated. They should therefore be interpreted restrictively[.]»<sup>65</sup> Fordi reglene er uttømmende og staten ikke kan reservere seg, er det også utelukket å etablere rettslige konstruksjoner som reelt sett innebærer en utvidelse av opphørsgrunnlaget i art. 1 C (for eksempel opphør og retur til internflukt, se avsnitt 4.1.3).

Fra en naturlig lesning av ordlyden, må forholdene som førte til at en flyktning ble anerkjent som flyktning ha opphørt å eksistere, og flyktningen må ikke kunne nekte å nyte godt av («continue to refuse») sitt hjemlands beskyttelse på grunn av («because of») disse forholdene («circumstances»). Det er ikke umiddelbart intuitivt fra ordlyden hva dette innebærer, utover at det kreves noe (positivt) mer enn opphør/fravær («cease to exist») av forholdene som førte til anerkjennelse som flyktning (velbegrunnet frykt for forfølgelse). Andre tolkingsfaktorer, som UNHCRs uttalelser om tolkning (i hånd-

---

65 UNHCRs håndbok, avsnitt 116.

boken og andre dokumenter), blir i tillegg til konvensjonens fortale og forarbeider sentrale tolkingsfaktorer, jf. Wien-konvensjonen art. 31-33.<sup>66</sup>

UNHCR foretar i sine retningslinjer en *tolkning* av FK i tråd med Wien-konvensjonens regler. Retningslinjene kan derfor beskrive bindende forpliktelser som følger av FK. Det sentrale er at retningslinjene er relevante og tungtveiende, ikke at de *ikke* er bindende:

When **interpreting the cessation clauses**, it is important to bear in mind the broad durable solutions context of refugee protection informing the **object and purpose** of these clauses. Numerous Executive Committee Conclusions affirm that the 1951 Convention and principles of refugee protection look to durable solutions for refugees.<sup>67</sup> (vår utheving)

UNHCR legger også vekt på Eksekutivkomiteens syn, som altså representerer statenes syn på forpliktelsene i FK, når den i retningslinjene beskriver nærmere hva tolkningen av bestemmelsen kan innebære i praksis.<sup>68</sup>

FKs formål er, som anerkjent av Eksekutivkomiteen, blant annet å sikre flyktninger varige løsninger:

Recalling that **the ultimate goal of international protection is to achieve durable solutions for refugees**; and noting that a solutions orientation is inherent in General Assembly Resolution 428 (V) of 14 December 1950 adopting the Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, in the Statute itself, and in the 1951 Convention through its provisions on cessation, integration and naturalization[.]<sup>69</sup> (vår utheving)

I det følgende analyseres de ulike komponentene i ordlyden i tråd med Wien-konvensjonens regler.

---

66 Det er heller ikke klart fra forarbeidene hva som var ment med noen av ordene i bestemmelsen, se Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 489.

67 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e50de6b4.html>, avsnitt 6.

68 *Ibid.*, avsnitt 5.

69 Conclusion on Local Integration No. 104 (LVI) – 2005, Executive Committee 56th session. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/1021: <http://www.unhcr.org/excom/excon-c/4357a91b2/conclusion-local-integration.html>.

## 2.1 Analyse av ordlyden i FK art. 1 C (5)

### 2.1.1 Vilkåret: «This convention shall cease to apply»

Opphør («shall cease») skiller seg fra eksklusjonsgrunnene (art. 1 D, E og F) som benytter ordlyden «shall not apply». Opphør kan kun anvendes på personer som først har blitt anerkjent som flyktninger, ikke underveis i en asylprosedyre.<sup>70</sup> Folkerettslig status som flyktning og opphør av status må også holdes adskilt fra den internrettslige virkningen. Konsekvensen *kan* være at status som flyktning og oppholdstillatelsen som er gitt på dette grunnlag tilbakekalles (opphører). Men en stat er ikke folkerettslig forpliktet til å kalle tilbake tillatelsen, selv om personen folkerettslig sett ikke lenger er flyktning.

### 2.1.2 Vilkåret: «because the circumstances in connexion with which he has been recognized as a refugee»

Ifølge ordlyden må det foreligge endringer ved forhold («circumstances») knyttet til det som førte til at personen ble anerkjent som flyktning, for at opphør skal kunne anvendes. Forholdene må opphøre å eksistere. Det er ikke avgjørende om det er individuelle forhold eller generelle forhold i hjemlandet som primært førte til anerkjennelsen som flyktning. Det er fraværet av myndighetsbeskyttelse mot forfølgelsesfaren i hjemlandet som utløser retten til internasjonal beskyttelse mot forfølgelse (asyl). De generelle forholdene i hjemlandet må derfor vurderes i tillegg til eventuelle individuelle forhold. Endringen må innebære at staten på nytt blir i stand til å beskytte vedkommende på en effektiv måte (se avsnitt 2.1.5)<sup>71</sup>

Et ønske om strengere asylpraksis, eller en strengere tolkning av flyktningdefinisjonen (art. 1 A 2), som rent språklig sett kan innebære endrede «circumstances», kan ikke gi grunnlag for opphør dersom de ikke direkte kan knyttes til «circumstances in connexion with» anerkjennelsen som flyktning eller forhold i hjemlandet. Det skulle også bety at dersom den faktiske situasjonen i liten grad har endret seg, men *vurderingen* av den faktiske situasjonen har endret seg i ettertid, så er dette ikke endrede forhold i konvensjonens forstand og gir ikke grunnlag for opphør.<sup>72</sup>

---

70 Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 518.

71 Se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 522-525.

72 Et liknende syn uttrykkes av forfatterne av Jan-Paul Brekke, Andrea Gustafsson Grønningsæter og Kjetil Mujezinovic Larsen i ISF-rapporten *Tilbakekall, Rettssikkerhet og kontroll ved tilbakekall av tillatelser etter søknad om beskyttelse (Rapport 2018:6)*: [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf), s. 55.

Gjennom ordet «because» stilles det krav om sammenheng mellom de endrede forholdene og grunnen til å nekte beskyttelse fra hjemstaten.

### 2.1.3 Vilkåret: «have ceased to exist»

De omstendighetene (circumstances) som førte til anerkjennelse som flyktning skal ikke bare ha bedret eller endret seg, de må ha *opphevet å eksistere*. Gjennom verbformen preteritum ser man at perspektivet er tilbakeskuende, noe som tilsier at en viss tid må ha gått for å kunne konstatere at en slik endring faktisk har skjedd. Endringen må være «fundamental, stable and durable»,<sup>73</sup> for at man skal kunne si at forholdene har «opphevet».<sup>74</sup>

### 2.1.4 Vilkåret: «He can no longer [...] continue to refuse to avail himself»

Det fremgår av ordlyden («He can no longer [...] continue to refuse to avail himself») at det kreves noe mer enn noe negativt, altså fravær av «circumstances» (velbegrunnet frykt for forfølelse) som ga grunnlag for anerkjennelse som flyktning i første omgang. Opphør forutsetter i tillegg noe «positivt»; opphøret av forholdene må tilsi at vedkommende derfor ikke lenger kan nekte å søke beskyttelse hos hjemlandets myndigheter, fordi myndighetsbeskyttelse, som tidligere ikke eksisterte, har blitt tilgjengelig.

Fravær eller opphør av «circumstances» er derfor en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for anvendelse av opphør. I juridisk teori (jf. ICJ-statuttene art. 38 (1)(d)) er det fremholdt at det etter gjeldende folkerett stadig må antas at en stat alltid må vurdere om det er skjedd grunnleggende og stabile endringer i hjemlandet av militær, politisk, demokratisk og rettsstatlig karakter, herunder i menneskeretts situasjonen, og i tillegg om det er skjedd vesentlige endringer i eventuelle spesifikke risikofaktorer for den enkelte flyktning.<sup>75</sup> Denne såkalte *dobbeltgarantien* mot for tidlig opphør har støtte i konvensjonens ordlyd, formål og forarbeider.<sup>76</sup> Positive endringer må gis til tid å konsolideres for å sikre at de er «durable».<sup>77</sup>

---

73 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e50de6b4.html>, avsnitt 8, jf. Executive Committee Conclusion No. 69 (XLIII) (1992).

74 Se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 522.

75 Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F, Folkerettslig og komparativ studie av eksklusjons- og opphørsgrunnene* (2006): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf), s. 106.

76 Se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 531.

77 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article

## 2.1.5 Vilkåret: «of the protection of the country of his nationality»

Det er ifølge ordlyden kun gjenopprettelsen av statlig beskyttelse som vil oppfylle dette kriteriet. Beskyttelsen må ifølge UNHCRs retningslinjer være «effective and available». <sup>78</sup> I en slik vurdering er den generelle menneskerettighetssituasjonen og etableringen av en demokratisk rettsstatsdannelse av avgjørende betydning. Staten kan vanskelig anses i stand til å gi effektiv beskyttelse uten at slike forhold er på plass: <sup>79</sup>

In determining whether circumstances have changed so as to justify cessation under Article 1C(5) or (6), another crucial question is whether the refugee can effectively re-avail him- or herself of the protection of his or her own country. Such protection must therefore be effective and **available**. It requires more than mere physical security or safety. It needs to include the existence of a **functioning government and basic administrative structures**, as evidenced for instance through a functioning system of law and justice, as well as the existence of adequate infrastructure to enable residents to exercise their rights, including their right to a basic livelihood. <sup>80</sup> (vår utheving)

Det går klart frem av ordlyden at det er *hjemstaten* («country of [...] nationality») som må være i stand til å beskytte vedkommende, og slik beskyttelse kan, som omtalt i retningslinjene, vanskelig gis av andre enn selve *staten*. Dette har en klar parallell til surrogattanken bak flyktningsstatus – det er hjemstaten som har det primære folkerettslige ansvaret for å beskytte sine innbyggere. Først når hjemstatens evne eller vilje svikter, inntreer en rett til internasjonal beskyttelse fra andre stater. Anvendelse av opphør forutsetter det motsatte, at hjemstaten, ikke andre institusjoner uten folkerettslig handleevne, igjen kan beskytte vedkommende.

UNHCR har presisert at ikke-statlige aktører ikke kan oppfylle kravet om «beskyttelse» slik det er formulert i opphørsbestemmelsen: <sup>81</sup>

---

1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 13.

78 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 15.

79 Terje Einarsens undersøkelser av konvensjonens forarbeider jf. Wien-konvensjonen art. 32, støtter et slikt syn. Einarsen gjennomgang av juridisk teori viser også at de fleste forfattere støtter hans syn jf. ICJ statuttene art. 38(1) (d), se Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 525-526.

80 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 15.

81 Presiseringen ble gjort i forkant av saken Salahadin Abdulla and Others (Irak) v. Tyskland ('Salahadin Abdulla' i det følgende) for EU-domstolen om tolkning av statusdirektivet, se Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08, European Union: Court of Justice of the European Union, 2. mars 2010: <http://www.refworld.org/cases,ECJ,4b8e6ea22.html>.



UNHCR does not consider that cessation is appropriate, as a rule, in a situation where protection can only be provided with the help of other actors, including multinational forces. While in some cases, the presence of multinational forces or an interim international administration can be an indicator of progress towards the resolution of a conflict, it may also signal the inability of that country to protect its nationals. In such circumstances, the requirement of the enduring and fundamental nature of change would not yet be met.<sup>82</sup>

At kun staten kan gi beskyttelse er godt i samsvar med konvensjonens ordlyd, og har også sammenheng med at endringene neppe er vesentlige og varige hvis man må søke beskyttelse hos internasjonale styrker eller klanstrukturer.<sup>83</sup> Dette har igjen sammenheng (context) med ordene og grunner til å «continue to refuse to avail» som ble omtalt over (avsnitt 2.1.4). Ifølge UNHCRs guidelines går det frem av sammenhengen at:

For cessation to apply, the changes need to be of a **fundamental nature, such that the refugee «can no longer ... continue to refuse to avail himself of the protection of the country of his nationality»** (Article 1C(5)).<sup>84</sup> (vår utheving)

Statspraksis er imidlertid ikke entydig. Statene som er bundet av EUs statusdirektiv har lagt til grunn en annen forståelse, uten at dette endrer forpliktelsene etter FK.

---

82 UNHCR, UNHCR public statement in relation to Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland pending before the Court of Justice of the European Union, August 2008, C-175/08; C-176/08 (UNHCR), UNHCR public statement in relation to Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland pending before the Court of Justice of the European Union, August 2008, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08: <http://www.refworld.org/docid/48a2f0782.html>, s. 16.

83 UNHCRs syn på myndighetsbeskyttelse forøvrig er i tråd med det som er uttrykt i juridisk teori når det gjelder myndighetsbeskyttelse i den alminnelige flyktningstatusvurderingen. Ifølge Hathaway: «[...] State practice that forces individuals to look to a non-state entity to «protect» them from serious harm confuses the object and purpose of the Refugee Convention – that being to provide at-risk individuals with surrogate or substitute national protection – with the ability to provide them with at least some measure of relative safety», se James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, second edition, s. 291-292.

Zimmermann deler Hathaways syn:

«It follows that the 'unwilling to avail himself of the protection of that country' clause has to be interpreted as requiring that, in order for a person not to qualify as a refugee under the 1951 Convention, the respective home state must be able and willing to secure that said person is not exposed to persecution in that very country.», se Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 445.

Utlendingsloven legger imidlertid til grunn et annet syn; beskyttelse (protection) kan gis av andre («organisasjoner eller grupperinger som kontrollerer statsapparatet» og «internasjonale organisasjoner») enn statens myndigheter, jf. § 29(3) (b) og (c). I praksisnotatet for Somalia (som er under revidering) legges det til grunn at verken staten eller klaner kan beskytte i Somalia, se <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-praksisnotater/pn-2013-002/>

84 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e50de6b4.html>, avsnitt 10.

### 2.1.2.1 EU-domstolens avvikende syn i Salahadin Abdulla

EU-domstolen har i Salahadin Abdulla lagt til grunn at beskyttelse kan gis fra andre enn staten.<sup>85</sup> Avgjørelsen er i tråd med EUs statusdirektiv art. 7(2) jf. art. 11. Det må imidlertid understrekes her at art. 7(2) gjelder beskyttelse fra «(b) parties or organisations, including international organisations, controlling the State or a substantial part of the territory of the State.» Kravet om slik kontroll over territoriet ble også fremhevet av EU-domstolen i Salahadin Abdulla.<sup>86</sup>

Statusdirektivet er formelt sett ment å skulle bygge på og være i tråd med FK, men det har likevel fått dagens utforming. UNHCR var kritiske til utformingen av statusdirektivet, og ga da det ble utarbeidet uttrykk for at ikke-statlige aktører ikke kan gi beskyttelse i flyktningkonvensjonens forstand:

**UNHCR has expressed serious concerns about the inclusion of non-State actors and organizations as actors of protection under Article 7(1) of the Qualification Directive.** UNHCR considers it inappropriate to equate the protection provided by States with the exercise of a certain administrative authority and control over territory by other parties or organizations, including international organizations. **Under international law, international organizations do not have the attributes of a State. In practice, this generally means that their ability to enforce the rule of law is limited.**<sup>87</sup> (vår utheving)

Domstolen kommenterte ikke UNHCRs offentlige uttalte syn på tolkningen av FK. Den gjorde en konkret analyse av selve statusdirektivet, ikke direktivets samsvar med FK eller FK art. 1 C (5). Dommen har derfor liten relevans og vekt i en analyse av hva som følger av FK art. 1 C (5) etter norsk rett. At EU har et syn på praksis som er i strid med UNHCRs, innebærer ikke at det er noen enighet blant konvensjonens medlemsstater om en slik tolkning jf. Wien-konvensjonen art. 31(3)(b). Selv om det skulle representere en enighet blant de EU-statene som er bundet av direktivet, utgjør disse statene kun et lite mindretall av FKs medlemsstater og det kan ikke på et slikt grunnlag sies å være noen enighet om en slik tolkning.<sup>88</sup>

---

85 Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08, European Union: Court of Justice of the European Union, 2. mars 2010: <http://www.refworld.org/cases,ECJ,4b8e6ea22.html>.

86 *Ibid.*, avsnitt 74.

87 UNHCR, UNHCR public statement in relation to Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland pending before the Court of Justice of the European Union, August 2008, C-175/08; C-176/08 (UNHCR), UNHCR public statement in relation to Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland pending before the Court of Justice of the European Union, August 2008, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08: <http://www.refworld.org/docid/48a2f0782.html>, s. 16.

88 Se generelt om EU-rettens samsvar med FK på dette punkt i Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F, Folkerettslig og komparativ studie av eksklusjons- og opphørsgrunnene* (2006): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyk](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyk)

## 2.2 Unntaket: «compelling reasons»

Selv om opphør i utgangspunktet kan anvendes, gjøres det i FK art. 1 C (5)(2) unntak for en flyktning «who is able to invoke compelling reasons arising out of previous persecution for refusing to return».

Unntaket gjelder i utgangspunktet etter ordlyden flyktninger som ble anerkjent før 1951,<sup>89</sup> men UNHCR mener anvendelsen av bestemmelsen også på dagens flyktninger etter FK art. 1 A 2 «reflects a general humanitarian principle that is now well-grounded in State practice».<sup>90</sup> Det er delte meninger i juridisk teori om spørsmålet,<sup>91</sup> men uavhengig av hva som følger av konvensjonen, har Stortinget lagt til grunn at bestemmelsen, slik den er utformet i utlendingsloven § 37(2), får anvendelse for alle som er flyktninger etter utlendingsloven og dermed også etter FK art. 1 A 2.

UNHCR utdyper i håndboken i hvilke tilfeller unntaket kan tenkes å komme til anvendelse:

This exception is intended to cover cases where refugees, or their family members, have suffered atrocious forms of persecution and therefore cannot be expected to return to the country of origin or former habitual residence. This might, for example, include «ex-camp or prison detainees, survivors or witnesses of violence against family members, including sexual violence, as well as severely traumatised persons. It is presumed that such persons have suffered grave persecution, including at the hands of elements of the local population, and cannot reasonably be expected to return.»<sup>92</sup>

---

tingekonvensjonen.pdf, s. 106; se også International Association of Refugee Law Judges, Qualification for International Protection (DIRECTIVE 2011/95/EU): A Judicial Analysis, December 2016, available at: <http://www.refworld.org/docid/5b2a5ab74.html>.

89 Flyktninger etter FK. Art. 1 A 1

90 Se UNHCRs håndbok, avsnitt 21.

91 Se Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 530-531. Goodwin-Gill har gitt uttrykk for at en slik anvendelse av unntaksregelen vil være i tråd med folkerettslig sedvanerett, se Guy Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, 2007, s. 148-149. Hathaway har derimot fremholdt at det ikke er rettslig grunnlag for en slik plikt til å anvende bestemmelsen utvidende, selv om det er gode grunner for å gi bestemmelsen utvidende anvendelse på frivillig basis, se James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, second edition, s. 490-494. Einarsen, Skard og Vevstad mener at henvisningen til artikkel 1 A (1) var ment å sikre at også de som hadde vært utsatt for grove overgrep før, under eller like etter annen verdenskrig skulle kunne nekte å gjøre seg nytte av hjemstatens beskyttelse, altså selv om de ikke ble omfattet av den nye flyktningedefinisjonen artikkel 1 A (2). De mener derfor at annet ledd i artikkel 1 C (5) med andre ord ikke skal tolkes antitetisk, se Terje Einarsen, Elin Skaar, Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F, Folkerettslig og komparativ studie av eksklusjons- og opphørsgrunnene* (2006): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf), s. 105.

92 UNHCRs håndbok, avsnitt 20

Barns situasjon fremheves spesielt i håndboken:

Children should also be given special consideration in this regard, as they may often be able to invoke «compelling reasons» for refusing to return to their country of origin.<sup>93</sup>

Dersom en flyktning omfattes av unntaket, beholder han eller hun ikke bare oppholdstillatelsen i Norge, men også sin status som flyktning.

---

<sup>93</sup> *Ibid.*

# 3 Rettslige rammer for opphør av flyktningstatus i norsk rett

## 3.1 Opphørsbestemmelsen i utlendingsloven § 37

Utlendingsloven § 37(1)e lyder som følger:

Ved siden av tilbakekall etter § 63 **kan status** som flyktning og oppholdstillatelse etter §§ 28 og 34 også **tilbakekalles** dersom utlendingen

[...]

e) **ikke lenger kan nekte å nyte godt av beskyttelse fra det landet utlendingen er borger av, fordi de forholdene som førte til at utlendingen ble anerkjent som flyktning** etter § 28 eller fikk beskyttelse etter § 34, **ikke lenger er til stede**

[...]

Oppholdstillatelse skal ikke tilbakekalles etter første ledd bokstav e eller f dersom utlendingen kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse for å avvise beskyttelse fra det landet utlendingen har statsborgerrett i, eller å nekte å vende tilbake til det landet hvor utlendingen tidligere hadde sin vanlige bopel. (vår utheving)

Lovens ordlyd følger i stor grad konvensjonens. Det er imidlertid noen nyansedifferensieringer og en litt annen språklig struktur i lovens ordlyd. Høyesterett la i den såkalte Farida-saken (se avsnitt 3.2.2) til grunn at vilkårene i § 37 første ledd bokstav e skal forstås på samme måte som vilkårene i konvensjonen artikkel 1 C (5).<sup>94</sup> I den konkrete rettsanvendelsen må konvensjonens offisielle ordlyd alltid tolkes og anvendes, men det kan nok legges til grunn at konvensjonen er transformert på en relativt tilfredsstillende måte i norsk rett, med utlendingsloven § 3 som en viktig sikkerhetsventil som gir folkeretten forrang ved motstrid med loven.

---

<sup>94</sup> Se HR-2018-572-A ('Farida'), avsnitt 27. Høyesterett viste til Ot.prp. nr. 75, s. 105 som grunnlag for konklusjonen. Se også avsnitt 48.

## 3.2 Høyesteretts praksis i saker om opphør

Høyesterett har behandlet to saker om opphør av flyktningstatus. De omhandler begge endringer i individuelle forhold, og inneholder interessante uttalelser som får betydning for norsk praksis.

### 3.2.1 Rt. 2010 s. 858 (personlige forhold)

Rt. 2010 s. 858 gjaldt endringer i en flyktnings personlige forhold. En kvinne som ble innvilget asyl på grunnlag av sin lesbiske legning, hadde inngått ekteskap med en mann. Dette ble vurdert som endrede forhold jf. art. 1 C (5). Det kunne nok også vært vurdert som et forhold som falt utenfor FK art. 1 C, da man nok kan stille spørsmål ved om det kunne vært vurdert om statusen som flyktning skulle vært kansellert fordi hun hadde oppgitt uriktige opplysninger om sin legning (se avsnitt 1.2.1). Dommen gir ikke grunnlag for å konkludere om faktum og om flyktningen hadde oppgitt uriktige opplysninger eller «endret» legning etter at hun ble anerkjent som flyktning.

Det sentrale spørsmålet var om opphørsbestemmelsen i flyktningkonvensjonen åpnet for at endringer av flyktningens personlige forhold i seg selv kan medføre slikt opphør, eller om det må ha skjedd generelle endringer i hjemlandet. Saken ble behandlet etter utlendingsloven av 1988, hvor innvilget asyl kunne tilbakekalles etter utlendingsloven § 18 annet ledd «når flyktningen ikke lenger går inn under flyktningedefinisjonen».<sup>95</sup> Lovens ordlyd var klart i strid med konvensjonen, og Høyesterett tok derfor korrekt utgangspunkt i konvensjonens ordlyd.

Staten hadde anført at den såkalte Abdi-saken fra 1991 burde være styrende for tolkingen:

Dersom Høyesterett er i tvil om hvorledes konvensjonen skal tolkes, bør det legges avgjørende vekt på hvilket standpunkt forvaltningen har tatt i saken, jf. Rt-1991-586.<sup>96</sup>

Høyesterett tok ikke stilling til hvilken betydning Abdi-saken hadde, men avviste statens anførsel:

Et tolkningsspørsmål som det foreliggende må domstolene avgjøre på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Rt. 2010 s. 858, avsnitt 35.

<sup>96</sup> *Ibid.*, avsnitt 21.

<sup>97</sup> *Ibid.*, avsnitt 37.

I tråd med Wien-konvensjonen, kunne Høyesterett vanskelig se at:

[...] artikkel 1 C (5) etter sin ordlyd skulle være begrenset til endringer av forhold i hjemlandet. Bestemmelsen taler om endring av «the circumstances» som har medført status som flyktning, uten nærmere presisering. Dersom personlige forhold ikke skulle omfattes, ville det ha innebåret en innskrenkende tolkning.»<sup>98</sup>

Høyesterett konkluderte med at art. 1 C (5) måtte tolkes slik at den også omfatter endringer i flyktingens personlige forhold.<sup>99</sup> Det ble blant annet vist til at UNHCRs håndbok kun omtaler generelle forhold, men at dette kan skyldes at man har konsentrert seg om den mest praktiske problemstillingen.<sup>100</sup> Et annet spørsmål er om generelle forhold må vurderes i tillegg. Høyesterett svarte ikke klart på dette spørsmålet, men kom med en uttalelse som kan tyde på at den har misforstått dobbeltgarantien (se avsnitt 2.1.4):

Riktignok vil flyktninger kunne risikere å få tilbakekalt asyl ved endringer av personlige forhold – for eksempel religion – som i sin tid begrunnet asyl. Men dersom flyktninger etter å ha endret sine personlige forhold **ikke lenger risikerer forfølgelse i hjemlandet, er det likevel vanskelig å se hvorfor de skal ha krav på asyl i Norge.**<sup>101</sup> (vår utheving)

Her antydes det at det er tilstrekkelig at FK art. 1 A 2 ikke lenger er oppfylt. Det er ikke i tråd med FK. Høyesterett la stor vekt på en ordlyd som ikke er veldig klar og intuitiv. Det kan argumenteres for at Høyesterett burde søkt bekræftelse for sin tolkning i andre tolkingsfaktorer som traktatsforarbeidene og UNHCRs håndbok og retningslinjer jf. Wien-konvensjonen art. 32. I motsetning til hva Høyesterett hevder, omtaler Håndboken også individuelle forhold, i alle fall indirekte. Det legges der vekt på at formålet med flyktningkonvensjonen er å gi flyktninger varige løsninger, og at hyppig revurdering av status basert kun på endringer i en flyktnings individuelle frykt for forfølgelse ikke vil være i tråd med dette formålet:

135. Circumstances» refer to fundamental changes in the country, which can be assumed to remove the basis of the fear of persecution. **A mere – possibly transitory – change in the facts surrounding the individual refugee's fear, which does not entail such major changes of circumstances, is not sufficient to make this clause applicable. A refugee's status should not in principle be subject to frequent review to the detriment of his sense of security, which international protection is intended to provide.** (vår utheving)

---

98 *Ibid.*, avsnitt 39.

99 *Ibid.*, avsnitt 50.

100 *Ibid.*, avsnitt 44.

101 *Ibid.*, avsnitt 49.

Høyesterett la til grunn at individuelle forhold er omfattet av FK art. 1 C, men konkluderte ikke klart med om også endringer i generelle forhold må vurderes.<sup>102</sup> Det ble imidlertid lagt til grunn at også individuelle forhold må være av en viss styrke og varighet før tilbakekall kan skje.<sup>103</sup>

I en rapport fra Institutt for samfunnsforskning fra juni 2018, hvor forfatterne gjennomgikk UDIs praksis i blant annet opphørsaker, reises det spørsmål ved om UDI tolker Rt. 2010 s. 858 lenger enn det er grunnlag for og anvender opphør på andre former for «endrede personlige forhold» enn hva dommen gir anvisning på.<sup>104</sup>

### 3.2.2 HR-2018-572-A (Farida-saken)

HR-2018-572-A (Farida-saken) avsa i mars 2018 gjaldt også individuelle forhold.<sup>105</sup> Faridas mor hadde kommet til Norge sammen med henne. Etter å ha flyktet sammen med Faridas far, kom foreldrene bort fra hverandre i Hellas under flukten. UDI innvilget Farida og moren asyl i Norge etter utlendingsloven § 28(2)(b), altså ikke etter flyktningkonvensjonen (etter loven er imidlertid de to grunnlagene likestilt som flyktninger i Norge, se avsnitt 1.1).<sup>106</sup> Forholdene på hjemstedet, i Jaghuri-distriktet i Afghanistan, var usikre, slik at de sto i reell fare for å bli utsatt for umenneskelig behandling der. De kunne heller ikke få effektiv beskyttelse et annet sted i hjemlandet, fordi Faridas mor var en enslig kvinne uten mannlig omsorgsperson på sikkert sted.<sup>107</sup> Det ble i vedtaket gjort uttrykkelig oppmerksom på at «dersom samboeren skulle komme til rette, kan tillatelsen trekkes tilbake». Da Faridas far senere kom til Norge og fikk avslag på sin asylsøknad, trakk UNE tilbake Farida og morens flyktningstatus og oppholdstillatelse.

Staten anførte for Høyesterett, til tross for det som fremgår av instruksens punkt 2 (se avsnitt 4.1.2), at det ikke var krav om at «endringene må være vesentlige og stabile»:

---

<sup>102</sup> For en analyse av dommen, og om dette punkt, se Maral Houshmand, Opphør av flyktningstatus, Er regjeringens instruks i tråd med utlendingsloven § 37 (masteroppgave): <https://www.duo.uio.no/handle/10852/56626>, s. 28-31.

<sup>103</sup> Rt. 2010 s. 858, avsnitt 50.

<sup>104</sup> Jan-Paul Brekke, Andrea Gustafsson Grønningsæter og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Tilbakekall, Rettssikkerhet og kontroll ved tilbakekall av tillatelse etter søknad om beskyttelse* (Rapport 2018:6): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf), s. 53 og 59.

<sup>105</sup> HR-2018-572-A.

<sup>106</sup> Farida, avsnitt 1-2.

<sup>107</sup> *Ibid.*, avsnitt 3.



Det er tilstrekkelig for tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse at de forhold som i sin tid førte til at slik status og tillatelse ble gitt, ikke lenger er til stede. Når forholdene har endret seg, stilles det ikke krav om at endringene må være vesentlige og stabile.<sup>108</sup>

Høyesterett nevnte ikke eksplisitt at den anvendte Wien-konvensjonens tolkingsregler, men den tok utgangspunkt i at lovens § 37 skal forstås på samme måte som vilkårene i konvensjonen artikkel 1 C (5).<sup>109</sup> Høyesterett foretok så en analyse av konvensjonens ordlyd, sett i lys av dens formål, som til en viss grad var i samsvar med Wien-konvensjonens regler.<sup>110</sup>

Høyesterett viste til Rt. 2010 s. 858 og konstaterte at en endring som beskrevet i Farida-saken kunne gi grunnlag for opphør av Farida og morens flyktningstatus og oppholdstillatelse.<sup>111</sup> At faren hadde kommet til Norge var imidlertid kun en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å anvende opphør. Det måtte i tillegg vurderes om de derfor ikke lenger kunne nekte å nyte godt av beskyttelsen i hjemlandet – altså en form for dobbeltgaranti:

Men i tråd med det jeg har sagt, er hans ankomst ikke tilstrekkelig til å kunne tilbakekalle flyktningstatusen og oppholdstillatelsen. I tillegg måtte følgen være at A og datteren, på det tidspunktet tilbakekallsvedtaket ble truffet, ikke kunne nekte å nyte godt av beskyttelsen i hjemlandet. Dette innebærer at UNE, som begrunnelse for tilbakekallet, også måtte ha kommet til at As og datterens gjenforening med B førte til at de kunne oppnå beskyttelse i Afghanistan.<sup>112</sup>

En slik vurdering hadde ikke UNE foretatt.<sup>113</sup> Lagmannsretten hadde imidlertid vurdert dette, og mente at vilkårene for opphør ikke var oppfylt.<sup>114</sup> Vedtaket var derfor ugyldig. I lys av statens påstand om at det ikke var nødvendig med en vurdering av om «vesentlig og stabil endring», måtte Høyesterett ta stilling til om lagmannsretten hadde forstått loven og konvensjonen riktig. Høyesterett viste til både Rt. 2010 s. 858 og UNHCRs retningslinjer og konkluderte med at det hadde den:

---

108 *Ibid.*, avsnitt 15.

109 *Ibid.*, avsnitt 27.

110 *Ibid.*, avsnitt 28. Av svakheter kan nevnes, vektingen av EU-kilder, manglende synliggjøring av hvorfor ulike kilder har relevans og vekt jf. f.eks. ordlyd v. UNHCRs anbefalinger, eller hvilken vekt norske dommer skal ha i en folkerettslig analyse.

111 *Ibid.*, avsnitt 31.

112 *Ibid.*, avsnitt 32.

113 *Ibid.*, avsnitt 33.

114 *Ibid.*, avsnitt 37.

(39) I vilkåret om at forholdene som førte til anerkjennelse som flyktning «ikke lenger er til stede» – i konvensjonen «have ceased to exist» – ligger at det må ha skjedd en endring som er så vesentlig at beskyttelse igjen kan oppnås i hjemlandet. Men etter min mening er det også nærliggende å forstå vilkåret slik at den endringen som har skjedd, må ha stabilisert seg i rimelig grad, slik at utlendingen, som har innrettet seg på opphold i Norge, ikke utsettes for retur til en tilværelse som lett kan ende i ny flukt og krav på flyktningstatus. I Rt-2010-858 avsnitt 42 er vilkåret uttrykt slik:

«Det er anerkjent at endringer i hjemlandet – for å ivareta flyktnings behov for innrettelse – må være av en viss styrke og varighet før tilbakekall kan skje.»

(40) Jeg kan ikke se at formuleringen om at endringen må være «av en viss styrke og varighet» reelt sett har et annet innhold enn at endringen må være «vesentlig og stabil».

(41) Vilkalet har støtte i FNs høykommissær for flyktnings «Guidelines on International Protection» fra 10. februar 2003. Den uttrykker at flyktningkonvensjonen artikkel 1C nr. 5 skal forstås slik at endringen i hjemlandet dels må være av «fundamental nature», slik at utlendingen ikke lenger kan nekte å nyte godt av hjemlandets beskyttelse, og dels at endringen «should be given time to consolidate» før tilbakekall av flyktningstatus skjer.<sup>115</sup>

#### Høyesterett oppsummerte synet på følgende måte:

Samlet sett mener jeg at vilkårene for å tilbakekalle flyktningstatus og oppholdstillatelse etter § 37 første ledd bokstav e, ikke er en direkte speilvendning av vilkårene for å innvilge flyktningstatus etter § 28. Den som har fått innvilget flyktningstatus, har oppnådd noe høyere grad av trygghet enn den som ikke har fått det.<sup>116</sup>

Høyesterett la til grunn at det av loven og konvensjonen følger et krav om dobbeltgaranti (beskrevet på litt ulike måter) for opphør av flyktningstatus. Høyesterett fremhevet UNHCRs retningslinjer for opphør, og at opphør «ikke er en direkte speilvendning av vilkårene for å innvilge flyktningstatus». Likevel sa ikke Høyesterett noe eksplisitt om forholdet mellom individuelle og generelle forhold, hvordan den generelle situasjonen må endres, eller om det kun er myndighetene som kan beskytte. Høyesterett konsentrerer seg om hvilke konkrete «circumstances» som må ha endret seg fundamentalt for at opphør skal kunne anvendes. Det kan legges til at de generelle forholdene som regel vil ha sammenheng med de individuelle, og at de generelle forholdene alltid vil ha betydning når det gjelder muligheten for å få beskyttelse fra myndighetene.

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, avsnitt 46.

<sup>116</sup> *Ibid.*, avsnitt 44. UNE har siden fattet et nytt vedtak, og konkludert med at det fortsatt er grunnlag for å anvende opphør i saken. Det ligger utenfor rammene av denne rapporten å omtale saken nærmere.

### 3.3 Et barneperspektiv på opphør

Utlendingsloven § 28 som regulerer asyl/flyktningstatus sier i tredje ledd at ved «vurderingen etter første ledd skal det tas hensyn til om søkeren er barn.»

Utlendingsloven § 38 om rett til opphold på humanitært grunnlag, som UDI og UNE av eget tiltak skal vurdere når en utlending har fått avslag etter 28 første ledd, sier i tredje ledd at: «I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.»

Utlendingsloven § 37 om opphør sier ingen ting om barn. Det er imidlertid ikke tvilsomt at barnekonvensjonen gjelder som norsk lov jf. utl. § 3 og menneskerettsloven § 2 nr. 4. Barnekonvensjonen artikkel 3(1) lyder som følger:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.

Barnekomiteen har i en generell kommentar utdypet at barnets beste, jf. art. 3, må vurderes «in all decisions and actions concerning children».<sup>117</sup> Ifølge barnekomiteen, «[t]he word «action» does not only include decisions, but also all acts, conduct, proposals, services, procedures and other measures.»<sup>118</sup>

I forbindelse med varige løsninger for enslige barn utenfor sitt hjemland har komiteen understreket at prinsippet:

[...] must be respected during all stages of the displacement cycle. At any of these stages, a best interests determination must be documented in preparation of any decision fundamentally impacting on the unaccompanied or separated child's life.<sup>119</sup>

Og videre at retur til hjemlandet kun bør skje hvis det er til barnets beste:

---

117 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14: <http://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>, avsnitt 17.

118 *Ibid.*

119 UN Committee on the Rights of the Child (CRC), General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin, 1 September 2005, CRC/GC/2005/6: <http://www.refworld.org/docid/42dd174b4.html>, avsnitt 19.

Return to the country of origin is not an option if it would lead to a «reasonable risk» that such return would result in the violation of fundamental human rights of the child, and in particular, if the principle of non-refoulement applies. Return to the country of origin shall in principle only be arranged if such return is in the best interests of the child.

Utlendingsforvaltningen må vurdere og ta stilling til hva som er barnets beste også når opphør vurderes etter utlendingsloven § 37. Opphør av status har rettslige og faktiske konsekvenser, både for barnet og foreldrene, blant annet når det gjelder konkrete rettigheter under oppholdet i Norge. Slike forhold må vurderes opp mot hva som er til barnets beste. Det kan ikke være tilstrekkelig å vurdere dette under § 38 om opphold på humanitært grunnlag i samme vedtak.<sup>120</sup> Utlendingsforskriften § 17-1a stiller strengere krav til begrunnelsen i vedtak som berører barn, der det skal fremkommet følgende:

- a) hvilke vurderinger som har vært foretatt av barnets situasjon, herunder hvordan hensynet til barnets beste er vurdert,
- b) hvilke innvandringsregulerende hensyn som er vurdert, og
- c) avveiningen som er foretatt mellom eventuelle motstridende hensyn.

Når instruksjonen instruerer om at det ikke skal foretas en forholdsmessighetsvurdering («kan» tolkes som «skal»), så må det uansett, for barn, gjøres en barnets beste-vurdering. Et slikt syn har støtte i FK art. 5 jf. Wien-konvensjonen art. 31 (3) (c), som angir at statene har adgang til å innrømme flyktninger bedre rettigheter og større fordeler enn det som følger av FK.<sup>121</sup> Barnekonvensjonen styrker derfor barns stilling i opphørssaker.

UNHCR har utarbeidet egne retningslinjer for asylsøkende barn.<sup>122</sup> Disse omtaler ikke opphør konkret, men de viser til generelle kommentarer fra barnekomiteen, som også har relevans for opphør (avsnitt 4-5), og har en viss overføringsverdi:

As noted by the UN Committee on the Rights of the Child, the refugee definition:

... **must be interpreted in an age and gender-sensitive manner**, taking into account the particular motives for, and forms and manifestations of, persecution experienced by children. Persecution of kin; under-age recruitment; trafficking of children for prostitution; and sexual exploitation or subjection to female genital mutilation, are some of the child-specific forms and manifestations

---

120 Jf. instruksens punkt 7.

121 Se FK art. 5: «Nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention».

122 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>.

of persecution which may justify the granting of refugee status if such acts are related to one of the 1951 Refugee Convention grounds. States should, therefore, give utmost attention to such child-specific forms and manifestations of persecution as well as gender-based violence in national refugee status-determination procedures.

**Alongside age, factors such as rights specific to children, a child's stage of development, knowledge and/or memory of conditions in the country of origin, and vulnerability, also need to be considered to ensure an appropriate application of the eligibility criteria for refugee status.**

5. **A child-sensitive application of the refugee definition would be consistent with the 1989 Convention on the Rights of the Child** (hereafter «the CRC»). The Committee on the Rights of the Child has identified the following four Articles of the CRC as general principles for its implementation: Article 2: the obligation of States to respect and ensure the rights set forth in the Convention to each child within their jurisdiction without discrimination of any kind; Article 3 (1): **the best interests of the child as a primary consideration in all actions concerning children**; Article 6: the child's inherent right to life and **States parties' obligation to ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child**; and Article 12: **the child's right to express his/her views freely regarding «all matters affecting the child»**, and that those views be given due weight. These principles inform both the substantive and the procedural aspects of the determination of a child's application for refugee status. (vår utheving)

Det skal altså foretas en barnesensitiv vurdering av en asylsøknad, som i praksis er en søknad om status som flyktning. Det samme må da gjelde når det vurderes opphør av barnets status som flyktning. De generelle prinsippene om barnets beste, statens plikt til å «ensure to the maximum extent possible the survival and development of the child» (art. 6) og retten til å bli hørt (art. 12) er relevant også i opphørssaken. UNHCR har fremhevet at det ved vurdering av unntaket fra opphør i FK art. 1 C (5) (2) må tas hensyn til om søkeren er barn.<sup>123</sup> I denne forbindelse er også FK art. 34 relevant. En lojal oppfyllelse av forpliktelsene i art. 34 innebærer, etter hvert som tiden går, en forpliktelse for statene til å så vidt mulig lette «flyktningers assimilering og erverv av statsborgerskap». <sup>124</sup> Det må i tillegg gjøres en forholdsmessighetsvurdering etter EMK art. 8, hvor barnekonvensjonen art. 3 om barnets beste og art. 6 om barnets rett til utvikling også vil være relevant (se avsnitt 4.3.2).

---

123 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e5ode6b4.html>, avsnitt 20.

124 Begrepet «assimilering» må forstås i sammenheng med tiden det ble skrevet. I dag må dette tolkes som en forpliktelse til å tilrettelegge for integrering. Å gi permanent oppholdstillatelse som gir grunnlag for statsborgerskap, og å unnta personer med permanent opphold fra instruksjonen om opphør, kan sies å være i tråd med denne forpliktelsen, men det kan ikke utelukkes at forpliktelsen i art. 34 rekker lenger enn dette.

## 4 Norsk praksis for opphør av flyktningstatus

NOAS har liten kjennskap til praksis i opphørssaker fra arbeid med rettshjelp i enkelt-saker, fordi det har vært få saker av denne typen frem til helt nylig. Primære kilder for å beskrive praksis er Justis- og beredskapsdepartementet instruks GI-14/2016 av 30.9.2016 ('instruksen' i det følgende)<sup>125</sup> og de to stornemndsakene fra sommeren 2017 som legger klare føringer for praksis.<sup>126</sup> Noe informasjon fremkommer av korrespondanse mellom utlendingsforvaltningen og Justis- og beredskapsdepartementet om presiseringer av instruksen,<sup>127</sup> av UDIs internmelding om UDIs oppgaver i tilbakekallssaker,<sup>128</sup> UDIs rundskriv om politiets oppgaver i tilbakekallssaker,<sup>129</sup> UDIs årsrapport for 2017,<sup>130</sup> og fra en rapport fra Institutt for samfunnsforskning fra juni 2018 hvor forfatterne gjennomgikk UDIs praksis i blant annet opphørssaker.<sup>131</sup>

I UDIs brev til departementet av 17.11.2016 fremgår det at departementets instruks er aktuell i 1100 saker.<sup>132</sup> Disse omfatter 1 600 «hovedpersoner», som vil generere 1933

---

125 Instruksen gjorde mindre justeringer i departementets instruks GI-04/2016 av 31. mars 2016. Instruksen og en ikke-uttømmende samling presiseringer av instruksen finnes her: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/departementets-rundskriv-og-instrukser/gi-142016/>. I forbindelse med at et utkast at denne rapporten ble delt med Justis- og beredskapsdepartementet, UDI og UNE har flere brev blitt publisert på denne siden.

126 Se generelt Se RS 2016-002, Oversendelse av søknader om permanent oppholdstillatelse der UDI skal vurdere tilbakekall av beskyttelse jf. GI-14/2016, av 8.4.2016: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2016-002/>.

127 Som nevnt er en del presiseringer av instruksen publisert her, men ikke all slik korrespondanse er publisert: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/departementets-rundskriv-og-instrukser/gi-142016/>.

128 IM 2017-003, UDIs oppgaver i tilbakekallssaker: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-interne-meldinger/im-2017-003/>.

129 RS 2017-001, Politiets oppgaver i tilbakekallssaker: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2017-001/>.

130 UDIs årsrapport 2017: [https://www.udi.no/globalassets/global/aarsrapporter\\_i/aarsrapport-2017-udi-hovedrapporten.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/aarsrapporter_i/aarsrapport-2017-udi-hovedrapporten.pdf).

131 Jan-Paul Brekke, Andrea Gustafsson Grønningsæter og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Tilbakekall, Rettsikkerhet og kontroll ved tilbakekall av tillatelse etter søknad om beskyttelse* (Rapport 2018:6): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/tilbakekall--rettsikkerhet-og-kontroll.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/tilbakekall--rettsikkerhet-og-kontroll.pdf), s. 53 og 59.

132 Brev fra UDI til Justis- og beredskapsdepartementet av 17.11.2016, UDIs svar – Bestilling vedrørende JDs instruks GI-14/2016 – Tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt ref. 16/02270-24, s. 1-2.

familiegjenforente med avledet status. UDI anslår at ca. 30 prosent av sakene (480) vil være aktuelle for vurdering på grunn av endringer i forholdene i Somalia, med konsekvenser for 580 familiegjenforente. UDI anslår videre at det er ca. 10 saker fra Sri Lanka som er aktuelle for vurdering etter instruksen.

Ifølge UDIs årsrapport for 2017 hadde UDI 2 315 tilbakekallsaker til behandling, inkludert opphørssaker, der personen har bakgrunn som flyktning. Ikke alle sakene som lå til vurdering etter instruksen, hadde fått opprettet egen tilbakekallssak (ca. 400).<sup>133</sup>

UDI fattet vedtak om opphør av beskyttelse i 41 saker knyttet til instruksen i 2017.<sup>134</sup> Om lag 210 personer fikk saken henlagt eller vedtak om at tillatelsen ikke skal trekkes tilbake. I tillegg hadde UDI sendt varsel om opphør av beskyttelse i rundt 100 saker. Ved utgangen av 2017 var rundt 1 200 saker til vurdering om opphør av flyktningstatus.

Ifølge UDI har opphørssakene «vært en krevende portefølje å håndtere», og det hadde «vært utfordrende å etablere en rettslig praksis i tråd med GI 14/2016. Blant annet har den rettslige vurderingen av situasjonen i Mogadishu sammenholdt med vilkårene utlendingsloven § 37e vært uavklart, og det har vært usikkerhet knyttet til vilkårene for å avslå søknader om permanent oppholdstillatelse.»<sup>135</sup>

UDI informerte i årsrapporten for 2017 om at UNE i den ene stornemndssaken hadde omgjort UDIs vedtak om avslag på permanent oppholdstillatelse.<sup>136</sup> I den saken ble det lagt til grunn at det er tilstrekkelig at botidskravet (og øvrige vilkår for permanent oppholdstillatelse) tidligst er oppfylt på søknadstidspunktet, men at kravene også anses oppfylt dersom de er oppfylt i perioden mellom søknad og vedtak.

UDI legger til grunn at søknader om permanent oppholdstillatelse kun skal avslås dersom endringen som er grunnlaget for opphør/tilbakekall var til stede før søkeren fylte de øvrige vilkårene for permanent oppholdstillatelse (tidligst på søknadstidspunktet).<sup>137</sup> Ifølge UDI vil kun ganske få saker være aktuelle for retur til Somalia etter instruksen,

---

133 UDIs årsrapport 2017, s. 15-16.

134 *Ibid.*, s. 15.

135 *Ibid.*, s. 15-16.

136 *Ibid.*, s. 16.

137 Brev fra UDI til Justis- og beredskapsdepartementet, Tolkning av instruks GI-14/2016 – begrunnelse for avslag på permanent oppholdstillatelse etter tilbakekall etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e) eller f), av 13.9.2017: <https://www.udiregelverk.no/PageFiles/12683/Tolkning%20av%20instruks%20GI-14-2016.pdf>, s. 3.

dersom praksisen fra denne saken følges i øvrige saker. UDI opplyste derfor at de ikke prioriterer disse sakene på publiseringstidspunktet.<sup>138</sup> I tråd med departementets presiserende instruks av 6. juli 2017 fornyer UDI nå oppholdstillatelsen i disse sakene og behandler søknader om reisedokument.<sup>139</sup>

I en e-post av 31.1.2018 til NOAS ga UDI ytterligere opplysninger.<sup>140</sup> Det var på daværende tidspunkt fattet 22 vedtak om ikke-tilbakekall. UDI hadde henlagt omlag 190 saker. Samtlige var saker fra Somalia, og vedtakene ble fattet i 2017. I tillegg hadde UDI fornyet midlertidig oppholdstillatelse for om lag 900 borgere av Somalia etter samtykke fra Justis- og beredskapsdepartementet om at «UDI og politiet kan fornye oppholdstillatelser og behandle søknader om reisedokumenter i påvente av avgjørelser i saker om tilbakekall/søknader om permanent oppholdstillatelse.»

Instruksen er rettet til både UDI og UNE. Da den ble gitt var UNE underlagt Justis- og beredskapsdepartementets instruksjonsmyndighet når det gjaldt lovtolkning og skjønnsutøvelse. En slik instruksjonsadgang har departementet ikke lenger, og instruksen er derfor formelt sett ikke lenger bindende for UNE.<sup>141</sup>

## 4.1 Instruksen om opphør når beskyttelsesbehovet er bortfalt

Instruksen gjelder for utlendinger som har fått midlertidig oppholdstillatelse som flyktning etter utl. § 28.

Overføringsflyktninger (kvoteflyktninger), jf. utl. § 35, utlendinger som har fått kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon, jf. utl. § 34, utlendinger som har fått permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62, eller oppholdstillatelse på grunnlag av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket, jf. utl. § 38, omfattes ikke av instruksen.<sup>142</sup>

Instruksen lyder som følger:

---

138 UDIs årsrapport 2017, s. 16.

139 *Ibid.*, s. 15-16; Praktisering av instruks GI-14/2016-prioritering av saker om tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt mv, 6.7.2017: <https://www.udiregelverk.no/PageFiles/12683/ID-2017-07-06.pdf>.

140 E-post fra UDI av 31.1.2018.

141 Se utlendingsloven § 76 annet ledd som ble endret ved Lov om endringer i utlendingsloven mv. (videreføring av innstramninger mv.).

142 Instruksen s. 1.



1. UDI skal vurdere tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse etter utl. § 37 første ledd bokstav e og f dersom endringer i den sikkerhetsmessige, politiske eller menneskerettslige situasjonen i utlendingens hjemland, eller i det landet han eller hun tidligere hadde sin bopel (gjelder statsløse), tilsier at det for mange er trygt å vende tilbake. UDI skal også vurdere tilbakekall dersom det i en konkret sak foreligger indikasjoner på at beskyttelsesbehovet kan ha bortfalt.
2. For at tilbakekall kan skje, må endringene være vesentlige og av en viss varighet og innebære at utlendingens frykt for forfølgelse ikke lenger er velbegrunnet og han eller hun heller ikke står i reell fare for alvorlige overgrep ved retur.
3. Dersom beskyttelsesbehovet er opphørt som følge av positive endringer i et bestemt område i et land, skal UDI opprette sak om tilbakekall og vurdere om utlendingen kan henvises til å ta opphold i dette området (internflukt), jf. utl. § 28 femte ledd.
4. UDI skal som hovedregel opprette sak om tilbakekall av eget tiltak dersom det har inntrådt endringer som beskrevet i utl. § 37 første ledd bokstav e og f.
5. Ved behandling av søknad om permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62, skal UDI vurdere hvorvidt utlendingen fortsatt fyller vilkårene for beskyttelse etter utl. § 28, og opprette sak om tilbakekall dersom vilkårene i lovens § 37 første ledd bokstav e eller f anses oppfylt, herunder når det foreligger indikasjoner på at beskyttelsesbehovet ikke lenger er til stede.
6. Dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, må UDI og UNE likevel vurdere om det foreligger «tvingende grunner» som er til hinder for at tilbakekall kan skje, jf. utl. § 37 annet ledd.
7. Dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, skal UDI og UNE av eget tiltak vurdere om det er grunnlag for å gi ny oppholdstillatelse etter utl. § 38. I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.
8. Dersom det er søkt om oppholdstillatelse etter andre bestemmelser i loven, skal UDI og UNE vurdere om vilkårene for slik tillatelse er oppfylt.
9. Dersom utlendingen fyller vilkårene for fortsatt opphold i Norge og tillatelsen danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, skal den tidligere botiden som vedkommende har opparbeidet seg som flyktning, jf. utl. § 28, medregnes i botidskravet dersom det fremsettes søknad om permanent oppholdstillatelse etter utl. § 62.
10. UDI skal ikke opprette sak om tilbakekall etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f dersom utlendingen har permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62.
11. Dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, skal en midlertidig oppholdstillatelse ikke fornyes, jf. utl. § 61 annet ledd. Det skal heller ikke gis permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62 første ledd bokstav b.
12. I forhåndsvarslet om tilbakekall skal UDI opplyse utlendingen om muligheten for å fremsette søknad om oppholdstillatelse på annet grunnlag, herunder søknad om familieinnvandring dersom utlendingen har gjenboende familie i Norge.
13. UDI skal vurdere om utl. § 61 syvende ledd kan få anvendelse i tilfeller der utlendingen får tilbakekalt sin oppholdstillatelse etter utl. § 28 og ikke fyller vilkårene for opphold etter utl. § 38, og hvor vedkommende har søkt om oppholdstillatelse på nytt grunnlag.

#### 4.1.1 Forholdsmessighet skal ikke vurderes (punkt I, 4 og II)

Justis- og beredskapsdepartementet instruerer gjennom instruksen bort forvaltningens mulighet til å anvende skjønn ved at ordet «kan» skal forstås som «skal». Etter instruksens punkt I skal UDI vurdere tilbakekall hvis vilkårene foreligger. Etter punkt 4 skal UDI som hovedregel opprette sak om tilbakekall av eget tiltak, dersom det har inntrådt endringer som beskrevet i utl. § 37 første ledd bokstav e og f. Etter punkt II skal en midlertidig oppholdstillatelse ikke fornyes, eller søknad om permanent oppholdstillatelse innvilges, dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt.

I Farida-saken hadde UNE ikke vurdert forholdsmessigheten av opphør (selv om det ikke forelå noen instruks om dette). En enstemmig Høyesterett kom til at utlendingssloven § 37 første ledd bokstav e ikke inneholder et vilkår om forholdsmessighet.<sup>143</sup> Uttalelsen var riktignok et såkalt *obiter dictum*, det vil si at det ikke var nødvendig for å avgjøre saken, noe som tilsier lavere rettskildemessig vekt.<sup>144</sup> Men argumentasjonen Høyesterett anvender i Farida-saken er, på generelt grunnlag, overbevisende, og vil nok bli fulgt opp i praksis. Førstvoterende mente at forarbeidene «klargjør [...] at opphørsgrunnene i loven skal forstås på samme måte som opphørsgrunnene i konvensjonen, som ikke inneholder noe slikt forholdsmessighetsvilkår».<sup>145</sup> Det er derfor sannsynlig at departementet generelt har mulighet til å instruere som dette.

Faridas advokater hadde vist til at blant annet Grunnloven og EMK inneholder regler om forholdsmessighet, men Høyesterett fant ikke dette avgjørende.<sup>146</sup> Til tross for at norske myndigheter ikke må vurdere forholdsmessigheten av opphør etter FK eller utlendingssloven, må norske utlendingsmyndigheter som følge av Grunnloven og EMK vurdere forholdsmessigheten av konsekvensene av vedtaket om opphør, og om det er forholdsmessig i den konkrete sak at utlendingen må returnere til hjemlandet, uavhengig av om han eller hun mister sin status som flyktning. Dette fremgår også klart av Farida-dommen:

Etter de to førstnevnte reglene [Grunnloven § 102, EMK artikkel 8] skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering dersom et tilbakekall etter utlendingssloven § 37 utgjør et inngrep i privat- eller familielivet.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Farida avsnitt 51.

<sup>144</sup> Førstvoterende uttalte i Farida, avsnitt 47 at: «Jeg finner derfor grunn til å ta stilling til om § 37 første ledd bokstav e inneholder et slikt vilkår om forholdsmessighet, selv om svaret på dette spørsmålet ikke får betydning for det resultatet jeg har kommet til.»

<sup>145</sup> Farida avsnitt 48.

<sup>146</sup> *Ibid.*, avsnitt 48.

<sup>147</sup> *Ibid.*, avsnitt 49.

I saker der barn er involvert er det også påkrevd med en vurdering av barnets beste i opphørsvurderingen og i forholdsmessighetsvurderingen nevnt over, jf. barnekonvensjonen art. 3. Disse spørsmålet kom ikke på spissen i Farida-saken, da saken ble behandlet i Høyesterett.

FK art. 1 C (5)(2) inneholder også en særskilt form for forholdsmessighetsvurdering for flyktninger som kan påberope seg tvingende grunner i forbindelse med tidligere forfølgelse, for å avvise beskyttelse. Denne er gjennomført i lovens § 37 annet ledd og i instruksens punkt 6 (se avsnitt 2.2).

Det er sendt flere brev mellom UDI og departementet om hvordan instruksens skal tolkes og forstås. I brev av 20.6.2017 ba UDI om tillatelse til å prioritere saker der personen sannsynligvis ikke vil få en ny tillatelse i Norge. Dette ville bety at UDI ikke skal fatte vedtak om tilbakekall i saker der personen sannsynligvis vil få en ny tillatelse i Norge. UDI uttalte at de i utgangspunktet bare ønsker å fatte vedtak om tilbakekall i de sakene der personene kan returneres til hjemlandet. UDI ba også om tillatelse til å fornye midlertidige oppholdstillatelser, selv om saken omfattes av instruksens. I brev av 6.7.2017 samtykket departementet til en del av anmodningen, men ikke alt:

#### Departementets tilbakemelding

1. Det gis samtykke til at UDI kan prioritere å fatte vedtak i saker der utlendinger sannsynligvis ikke vil få en ny oppholdstillatelse i Norge. Dette innebærer at UDI kan la være å fatte vedtak om tilbakekall (henlegge saken) dersom det er mest sannsynlig at utlendingen vil kunne få ny oppholdstillatelse.
2. Det gis også samtykke til at UDI og politiet kan fornye oppholdstillatelser og behandle søknader om reisedokumenter i påvente av avgjørelser i saker om tilbakekall/søknader om permanent oppholdstillatelse.
3. **Det gis ikke samtykke** til at det bare skal fattes vedtak om tilbakekall i saker hvor det i praksis er mulighet til tvangsretur.
4. **Nødvendige endringer i instruks GI-14/2016 foretas etter sommeren.** (vår utheving)

Til tross for disse endringene i instruksens, og indikasjonen om at endringer vil bli foretatt i instruksens «etter sommeren» 2017, lyder fortsatt instruksens slik den ble revidert i september 2016. Selve instruksens ser derfor ikke ut til å reflektere det som er utlendingsforvaltningens nåværende praksis.

## 4.1.2 Dobbelgaranti? (punkt 2)

Instruksens punkt 2 angir at for å anvende opphør må:

[...] endringene være vesentlige og av en viss varighet og innebære at utlendingens frykt for forfølgelse **ikke lenger er velbegrunnet** og han eller hun heller **ikke står i reell fare** for alvorlige overgrep ved retur. (vår utheving)

Mens lovens ordlyd ser ut til å være godt i samsvar med konvensjonens ordlyd, kan ikke det samme sies om instruksens. Her koples vurderingen av opphør til om (1) utlendingens frykt for forfølgelse ikke lenger er velbegrunnet eller om (2) han eller hun heller ikke står i reell fare for alvorlige overgrep ved retur.

De to alternativene ser ut til å være koplet direkte til utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a og b. Det nevnes riktignok at «endringene [må] være vesentlige og av en viss varighet», men det skapes her tvil om dobbeltgarantien skal gjelde og omfanget av den. Også UDIs internmelding om UDIs oppgaver i tilbakekallssaker bidrar til å styrke tvilen om praksis er korrekt.<sup>148</sup> Det fremgår der at opphør etter utlendingsloven § 37 kan anvendes «hvis personen av ulike grunner ikke lenger har behov for beskyttelse», og dersom «de personlige forholdene har endret seg».<sup>149</sup> Det presiseres videre at endringene må være vesentlige og varige, og at det i tråd med instruksens henvisning til internflukt.<sup>150</sup> Men verken i internmeldingen, eller i instruksens punkt 1 og 4 er det noen henvisning til vilkåret i utlendingsloven § 37 om at flyktingen «ikke lenger kan nekte å nyte godt av beskyttelse fra det landet utlendingen er borger av» – altså et krav om «effektive protection». Å «nekte å nyte godt av» og ikke lenger «ha en velbegrunnet frykt» er ikke det samme. I brev av 3.5.2017 presiserte Justis- og beredskapsdepartementet at det er bevisstemaet i § 37 som skal vurderes. Selv om UDI mente utformingen av instruksens ordlyd var uheldig, så ikke departementet grunn til å endre den:

For å kunne vurdere hvorvidt det er grunnlag for tilbakekall, er det derfor nødvendig først å ta stilling til utlendingens beskyttelsesbehov etter utl. § 28. Instruksens kan ikke tolkes dit-hen at det er av selvstendig betydning at en utlending ikke lenger fyller vilkårene for beskyttelse; det er tilbakekallsvurderingen etter utl. § 37 første ledd bokstav e og f som er avgjørende for utlendingens oppholdsstatus. Vi kan derfor ikke se at det er behov for å gjøre endringer i instruksens.<sup>151</sup>

---

148 IM 2017-003, UDIs oppgaver i tilbakekallssaker: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-interne-meldinger/im-2017-003/>.

149 *Ibid.*, avsnitt 2.3.2.

150 *Ibid.*, avsnitt 6.3.6.

151 Justis- og beredskapsdepartementet, brev av 3.5.2017, Ad instruks GI-14/2016 – tilbakekall av flyktingstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt: <https://www.udiregelverk.no/Page-Files/12683/Ad%20instruks%20GI-142016%20-%20tilbakekall%20av%20flyktingstatus%20og%20oppholdstillatelse%20on%20a5r%20beskyttelsesbehovet%20er%20bortfalt.PDF>, s. 2.

Dersom det legges opp til at opphør kan anvendes uten en slik dobbeltgaranti, eller uten at staten er i stand til å beskytte, så vil det ikke være i tråd med loven eller konvensjonen. Det kompliserer vurderingene når en slik alternativ ordlyd introduseres i instruksene. Det er imidlertid ingen tvil om at instruksene må vike for loven dersom det er motstrid.<sup>152</sup>

#### 4.1.3 Henvisning til internflukt (punkt 3)

Opphør skal ifølge instruksene vurderes dersom det er «positive endringer» i et bestemt område i et land. Dette vil bety at flyktningen kan miste sin flyktningstatus og henvises til internflukt, selv om flyktningen fortsatt kan sies å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse på hjemlandet.

Opphør og retur til internflukt innebærer etablering av en rettslig konstruksjon som reelt sett innebærer en utvidelse av opphørsgrunnlaget i art. 1 C. En slik praksis er i strid med FK. Dette bekreftes av UNHCRs retningslinjer. Anvendelse av opphør i en slik situasjon tilsier også at endringene i hjemlandet ikke er tilstrekkelig vesentlige og varige (fundamental):

[...] changes in the refugee's country of origin affecting only part of the territory should not, in principle, lead to cessation of refugee status. **Refugee status can only come to an end if the basis for persecution is removed without the precondition that the refugee has to return to specific safe parts of the country in order to be free from persecution. Also, not being able to move or to establish oneself freely in the country of origin would indicate that the changes have not been fundamental.**<sup>153</sup> (vår utheving)

For at norske myndigheter skal kunne avfeie UNHCRs tolkning og legge en annen tolkning av FK til grunn, må staten som et minimum anvende de samme tolkningsreglene på korrekt måte dersom de er uenige i UNHCRs tolkning og vise at denne tolkningen ikke er korrekt, for at FK skal anses oppfylt i god tro. (se avsnitt 1.3.1). Staten har ikke gjort noen analyse av hvordan internflukt kan være i samsvar med dobbeltgarantien og konvensjonens ordlyd, i strid med Wien-konvensjonen art. 26.

---

152 Se for eksempel Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, s. 174.

153 Se UNHCR, Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses), 10. februar 2003, HCR/GIP/03/03: <http://www.refworld.org/docid/3e50de6b4.html>, avsnitt 17.

En annen problemstilling er at Norge har fjernet vilkåret om at internflukt ikke må være urimelig.<sup>154</sup> UNHCR mener at et slik vilkår er påkrevd for at internflukt skal kunne anvendes, og at norsk praksis på dette punkt generelt er i strid med FK.<sup>155</sup> Norske myndigheter har heller ikke når det gjelder fjerningen av rimelighetsvilkåret vist, gjennom bruk av Wien-konvensjonens regler, hvordan en alternativ tolkning er folkerettslig korrekt. Tvert imot uttalte UNE i sin høringsuttalelse at statspraksis «taler for at Norge er folkerettslig forpliktet til å ha et rimelighetsvilkår ved internflukt», når en asylsøker ellers fyller vilkårene etter flyktningkonvensjonen. I så fall vil søkeren ifølge UNE ha rett til flyktningstatus hvis internflukt er urimelig. Andre typer oppholdstillatelser vil ikke være tilstrekkelig.<sup>156</sup> Det er følgelig to ulike grunner (anvendelse av opphør og retur til internflukt og ingen rimelighetsvurdering) til at en praksis med opphør og retur til internflukt kan være konvensjonsstridig.

#### 4.1.4 Vurdering av oppholdstillatelse på annet grunnlag (punkt 5, 7, 8, 9)

Selv om en person mister sin status som flyktning, kan vedkommende ha krav på beskyttelse på annet grunnlag enn det opprinnelige asylgrunnlaget, opphold på humanitært grunnlag, permanent oppholdstillatelse eller opphold på annet selvstendig grunnlag som for eksempel familieforening.

Etter instruksens punkt 5 skal UDI vurdere hvorvidt utlendingen fortsatt fyller vilkårene for beskyttelse etter utl. § 28. Etter instruksens punkt 7 skal UDI og UNE av eget tiltak vurdere om det er grunnlag for å gi ny oppholdstillatelse etter utl. § 38. Det presiseres at i saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn (se avsnitt 4.2.4). Etter instruksens punkt 8 skal UDI og UNE vurdere vilkårene for søknad om opphold på annet grunnlag. Etter instruksens punkt 12 skal UDI opplyse utlendingen om muligheten for å fremsette søknad om oppholdstillatelse på annet grunnlag i forhåndsvarslet om opphør.

Å gi utlendinger en så «svak» tillatelse som mulig, synes å være et formål med instruksens. Selv om selve instruksens ikke er endret siden september 2016, ser det ut til at den praktiseres annerledes og at opphørssaken skal henlegges dersom UDI anser

---

154 Se utlendingsloven § 28 femte ledd, jf. Lov om endringer i utlendingsloven mv. (innstramninger II).

155 UNHCR, UNHCR Observations on the proposed amendments to the Norwegian Immigration Act and Regulation: Høring – Endringer i utlendingslovgivningen (Innstramninger II), 12. februar 2016: <http://www.refworld.org/docid/56c1c6714.html>, avsnitt 73-75; André Møkelgjerd, Det Erna ikke sier om behandlingen av oktoberbarna, Dagbladet, 14.11.2017: <https://www.dagbladet.no/kultur/det-erna-ikke-sier-om-behandlingen-av-oktoberbarna/68879269>.

156 UNE, høringsuttalelse av 9.2.2016 til Innstramninger II: <https://www.regjeringen.no/contentassets/4da4984e3doe4088aa7824a254cod436/utlendingsnemnda.pdf>, s. 14.

det som mest sannsynlig at utlendingen vil kunne få ny oppholdstillatelse på annet grunnlag (se avsnitt 4.1.1).<sup>157</sup> Henleggelse av saken vil bety at vedkommende beholder sin status som flyktning.

#### 4.1.5 Er instruksene i strid med loven og flyktningkonvensjonen?

Instruksens ordlyd ser ikke ut til å være i tråd med lovens ordlyd. Instruksene kan da ikke følges ordrett. Siden loven ser ut til å være i relativt godt samsvar med konvensjonen, følger det også av dette at instruksene ikke er i tråd med FK.

Det er særlig problematisk at beskrivelsen av vurderingstemaene i instruksene gjennomgående peker tilbake på en vurdering etter FK art. 1 A 2 istedenfor FK art. 1 C (5). Dette innebærer en «speilvendning» av beskyttelsesvurderingen ved søknad om asyl som er avvist av Høyesterett i Farida (se avsnitt 3.2.2). Det er spesielt tydelig der det vises til opphør og retur til internflukt, som ikke tidligere er utredet i en slik sammenheng, og hvor det uttales:

Departementet viser til at internasjonal beskyttelse er subsidiær i forhold til beskyttelse i hjemlandet. Utlendinger som kan oppholde seg i et område av hjemlandet uten å risikere forfølgelse eller andre alvorlige overgrep har følgelig ikke krav på internasjonal beskyttelse. **Dersom forholdene i et landområde på et bestemt tidspunkt har bedret seg slik at utlendinger som søker beskyttelse i Norge kan henvises til internflukt dit, vil tilbakekall av tidligere innvilget asylstatus for personer fra samme land sikre likebehandling.**<sup>158</sup> (vår utheving)

Det vises her ikke til noen tolkning av FK art. 1 C (5), eller UNHCRs tolkning som legger til grunn at en slik anvendelse er konvensjonsstridig. Beviset i dette punktet er hvem som har krav på status som flyktning og hvem som kan henvises til internflukt – en speilvendning av beskyttelsesvurderingen.

Det er videre problematisk at det foregår presiseringer og tolkninger av instruksene gjennom brevkorrespondanse som ikke alltid offentligjøres og som ikke fører til opp-

---

<sup>157</sup> Se brev fra Justis- og beredskapsdepartementet til UDI av 9.10.2017, der det fremgår at:

For å kunne få rett til permanent oppholdstillatelse, er det et vilkår at utlendingen fortsatt fyller vilkårene for en midlertidig oppholdstillatelse som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62 første ledd bokstav b. I henhold til langvarig forvaltningspraksis er det tilstrekkelig at vilkåret er oppfylt på søknadstidspunktet, jf. UDIs brev pkt. 2.3. Det fremgår av instruksens pkt. 6. nr. 11 at dersom vilkårene for tilbakekall er oppfylt, skal det ikke gis permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 62 første ledd bokstav b. Grunnlaget for tilbakekall må imidlertid være til stede før utlendingen fyller vilkårene for permanent oppholdstillatelse, dvs. tidligst på søknadstidspunktet, for at en søknad om permanent opphold kan avslås på grunnlag av instruksene, jf. UDIs brev pkt. 2.4. Vi presiserer at instruksene ikke er ment å endre den praksis som ellers følger i saker om permanent oppholdstillatelse.

Til instruksens pkt. 6 nr. 9 bekrefter vi at vilkårene etter utl. § 62 første ledd bokstav b skal anses oppfylt dersom utlendingen etter tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse fyller vilkårene for fortsatt opphold i Norge og den nye tillatelsen danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse, såfremt han eller hun til sammen har minst tre års botid i landet, jf. UDIs brev pkt. 2.6.

<sup>158</sup> Instruksene, avsnitt 4.2.

dateringer i selve instruksen. Det bør være mulig for den jevne borger å forstå hva som følger av norsk lov og praktiseringen av loven, uten å be om innsyn i dokumenter fra utlendingsforvaltningen.

#### 4.1.6 Er instruksen barnesensitiv?

Ifølge instruksens punkt 7 skal barnets beste være et grunnleggende hensyn i saker som berører barn. Sannsynligvis er dette en henvisning til samme formulering i § 38 tredje ledd, men selve ordlyden i instruksen er ikke begrenset til § 38-sakene.

Barnets beste skal etter barnekonvensjonen vurderes i alle «decisions and actions» som gjelder barn, og dette må også gjelde en eventuell beslutning om å anvende opphør, jf. FK art. 5. Det må foretas en barnesensitiv vurdering av selve opphørsspørsmålet. UNHCRs retningslinjer for barn som søker asyl angir hvordan barnesensitive vurderinger i asylprosessen skal gjøres.<sup>159</sup>

Det er ikke tilstrekkelig at barnets beste vurderes i samme vedtak, men først under vurderingen av for eksempel opphold på humanitært grunnlag, fordi selve vedtaket om opphør har rettsvirkninger for barnet. Barnekonvensjonen er også relevant ved vurderingen av EMK art. 8. EMK inneholder ingen bestemmelse som svarer til Grunnloven § 104 eller barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1. Men det følger av EMDs praksis at hensynet til barnets beste likevel har en helt sentral plass i forholdsmessighetsvurderingen etter EMK artikkel 8 (2). Det gjelder også i utlendingssaker.<sup>160</sup>

Mens det å innvilge eller frata noen status som flyktning er underlagt full domstolsprøving, kan domstolene kun i begrenset grad prøve gyldigheten av et vedtak om opphold på humanitært grunnlag etter utlendingsloven § 38. I forvaltningens skjønnsmessige vurdering av § 38 inngår også innvandringsregulerende hensyn som et relevant og ofte tungtveiende hensyn, noe det ikke gjør etter §§ 28 og 37. Det kan derfor ha stor praktisk betydning dersom barnets beste ikke vurderes etter § 37.

---

159 UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>, avsnitt 1-5.

160 Se *Jeunesse v. the Netherlands*, Application no. 12738/10, Council of Europe: European Court of Human Rights, 3 October 2014: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,584a96604.html>; *Nunez v. Norway*, Application no. 55597/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 June 2011, avsnitt 109: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4e26e22c2.html>, avsnitt 84 og *Kaplan and Others v. Norway*, Application no. 32504/11, Council of Europe: European Court of Human Rights, 24 July 2014: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,53d0de724.html>, avsnitt 88.





I brev av 3.5.2017, som først ble publisert på samlesiden over presiseringer av instruksens på Udiregelverk.no etter at et utkast av denne rapporten ble delt med utlendingsforvaltningen i juni 2018, presiserer departementet ytterligere:

Vi understreker at vår presisering i brev 26. oktober 2016 omhandler spørsmålet om UDI av eget tiltak skal opprette sak om tilbakekall for enslige, mindreårige asylsøkere den dagen barnet fyller 18 år. Det skal det etter vår presisering ikke. **Dette utelukker ikke at flyktningstatus og oppholdstillatelse kan tilbakekalles når barnet er blitt voksen, såfremt vilkårene i utl. § 37 første ledd bokstav e eller f er oppfylt.** Vi kan heller ikke se hvilke konsekvenser det vil kunne medføre for tilbakekallsvurderingen at vedkommende i sin tid fikk beskyttelse etter utl. § 28 som følge av en barnesensitiv vurdering. Alle barn som får oppholdstillatelse vil ha fått dette etter barnesensitive vurderinger. Når de blir voksne skal de bedømmes som voksne, slik at den barnesensitive vurderingen ikke lenger er relevant å vektlegge ved vurderingen av om det foreligger fortsatt beskyttelsesbehov. Vi viser i denne sammenheng til at det i enkeltsaker vil være vedtakstidspunktet og fakta på dette tidspunktet som skal legges til grunn for vurderingen, og da slik at det vil være avgjørende om vedkommende som voksen anses å ha beskyttelsesbehov etter utl. § 28, og om vilkårene for tilbakekall etter utl. § 37 første ledd bokstav e eller f er oppfylt.<sup>164</sup> (vår utheving)

Det er vanskelig å vurdere det som sies her, uten å se hvordan dette praktiseres. I utgangspunktet skulle en slik endring ved personen – at han eller hun blir over 18 år – ikke være omfattet av bevisemaet etter FK art. 1 C. Samtidig er det vanskelig å se for seg at opphør prinsipielt skal være avskåret for voksne flyktninger som kommer som barn, men hvor det har vært vesentlige og varige endringer i hjemlandet i tråd med FK art. 1 C. Spørsmålet er om det også må gjøres en barnesensitiv vurdering av opphør selv om barnet har blitt voksent. En slik vurdering kan nok ikke forutsettes når personen er voksen, og departementets vurdering virker her som en fornuftig tolkning.

De generelle problemene når det gjelder instruksens samsvar med utlendingsloven og FK gjør seg gjeldende også for barn, ved at også barn vil rammes av en konvensjonsstridig anvendelse av FK art. 1 C, blant annet når det gjelder dobbeltgaranti og internflukt.

I tillegg er instruksens mer problematisk nettopp for barn, fordi den ikke legger opp til at barnets beste skal vurderes i opphørsvurderingen i tråd med barnekonvensjonen art. 3. Det er ikke kjent hvordan dette praktiseres i konkrete saker. Hyppig og tidlig anvendelse av opphør er et generelt problem som skaper usikkerhet, og som særlig vil ramme barn i en svært sårbar fase hvor deres utvikling, jf. barnekonvensjonen art. 6, forutsetter stabile forhold. Sett i lys av flyktningkonvensjonen art. 34 og konvensjonens formål om å gi flyktninger varige løsninger, bør en barnesensitiv anvendelse av

---

<sup>164</sup> Brev fra Justis- og beredskapsdepartementet av 3.5.2017: <https://www.udiregelverk.no/PageFiles/12683/Ad%20instruks%20GI-142016%20-%20tilbakekall%20av%20flyktningstatus%20og%20oppholdstillatelse%20on%c3%a5%20beskyttelsesbehovet%20er%20obortfalt.PDF>, s. 2-3.

opphørsreglene i tråd med flyktningkonvensjonen art. 5,<sup>165</sup> innebære en forpliktelse til å vurdere barnets beste før det besluttes å igangsette en opphørsprosess som i seg selv skaper usikkerhet.

Også EMK art. 8 og Grunnloven § 102 som beskytter retten til privat- og familieliv er spesielt relevant for barn, og har nær sammenheng med vurderingen av barnets beste (se avsnitt 3.3.). Instruksene nevner ikke dette. Det må bemerkes at forholdsmessigheten av konsekvensene av opphør alltid må vurderes jf. menneskerettsloven § 2 nr. 4. Resultatet kan bli en rett til oppholdstillatelse på annet grunnlag. EMK art. 8 er underlagt full prøving i domstolene, uavhengig av om utlendingsloven § 38 innebærer et forvaltningseskjønn.<sup>166</sup>

Unntaket om tvingende grunner i instruksens punkt 6 nevner ikke barn, men det vises i instruksens avsnitt 4.4.2 til UNHCRs retningslinjer som sier at det skal vektlegges tungt dersom flyktningen er barn.<sup>167</sup> I en rapport fra Institutt for samfunnsforskning fra juni 2018, hvor forfatterne gjennomgikk UDIs praksis i blant annet opphørssaker, anbefales det at UDI bør gjennomgå hvordan Grunnlovens § 104 (om barnets beste) og FNs barnekonvensjon vil måtte avstemmes mot hensynene som ligger bak en utvidet bruk av opphørsbestemmelsen.<sup>168</sup>

---

165 FK art. 5 angir at statene har adgang til å innrømme flyktninger bedre rettigheter og større fordeler enn det som følger av FK og lyder som følger: «Nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention.».

166 HR-2017-2376-A, avsnitt 53.

167 Se generelt UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08: <http://www.refworld.org/docid/4b2f4f6d2.html>; UNHCR, UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, May 2008: <http://www.refworld.org/docid/48480c342.html>; (UNHCR), Safe & Sound: what States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe, October 2014: <http://www.refworld.org/docid/5423da264.html>.

168 Jan-Paul Brekke, Andrea Gustafsson Grønningsæter og Kjetil Mujezinovic Larsen, *Tilbakekall, Rettsikkerhet og kontroll ved tilbakekall av tillatelse etter søknad om beskyttelse* (Rapport 2018:6): [https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou\\_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf](https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/tilbakekall---rettssikkerhet-og-kontroll.pdf), s. 63.

## 4.2 Stornemndvedtak om opphør for flyktninger fra Mogadishu

Somaliere ble tidlig identifisert som en gruppe instruksene kunne få anvendelse på.<sup>169</sup> For noen år siden var situasjonen i Mogadishu slik at den ga grunnlag for generelt vern mot retur på grunn av den svært alvorlige sikkerhetssituasjonen.<sup>170</sup> Terrorgruppen Al-Shabaab utsatte i tillegg mange for individuell forfølgelse.

Det har vært en bedring i situasjonen, ved at Al-Shabaab ikke lenger har kontroll over byen. Men det er både et rettslig og et faktisk spørsmål om endringene er av en slik art at de gir grunnlag for å anvende opphør, og om flyktningen fortsatt «kan nekte å nyte godt av [hjemlandets] beskyttelse».

Nemnda behandlet i juli 2017 en opphørssak etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, og en etter bokstav b, i stornemnd.<sup>171</sup> Bakgrunnen for beslutningen om stornemnd var en anmodning fra UDI. Det ble vist til at sakene dreide seg om fortolkningen av instruksene og utlendingslovens § 37 (1) e, og at instruksene ville etablere ny praksis.<sup>172</sup> Kjernespørsmålet for stornemnda var hvilket nivå de endrede forholdene skal være på før det konstituerer et grunnlag for å konkludere med at beskyttelsesbehovet har opphørt etter § 37 (1) e. Med henvisning til utlendingsforskriften § 16-11 første ledd ble stornemndbehandlingen begrenset til «de bestemmelsene som det er knyttet vesentlige tvilsspørsmål til».<sup>173</sup> Tvilsspørsmålene knyttet seg ifølge stornemndvedtakene (side 3) til selve opphørsvurderingen etter § 37, men i praksis var det kun sikkerhetssituasjonen i Mogadishu som ble behandlet av stornemnda, uten personlig fremmøte fra flyktningen. De individuelle anførselsene, som også er relevante etter § 37, ble behandlet av nemndleder alene etter forberedelse fra sekretariatet.<sup>174</sup> Dette skillet er uheldig, siden de generelle og individuelle forholdene i en opphørssak ofte vil være uløselig knyttet sammen, og beslutningstakerne i stornemnda derfor ikke får presentert et komplett eller korrekt bevisbilde.

---

169 Se RS 2016-002, Oversendelse av søknader om permanent oppholdstillatelse der UDI skal vurdere tilbakekall av beskyttelse jf. GI-14/2016, av 8.4.2016: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udirundskriv/rs-2016-002/>.

170 Se Sufi and Elmi v. United Kingdom, Applications nos. 8319/07 and 11449/07, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 June 2011: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4e09d29d2.html>; PN 2013-002, Asylpraksis – Somalia (under revidering), avsnitt 2.2: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-praksisnotater/pn-2013-002/>.

171 Se UNEs nettsider: <https://www.une.no/kildesamling/stornemndavgjorelser/stornemnd---opphor-av-flyktningstatus/>

172 Se brev fra UDI til UNE av 24.4.2017, mottatt ved innsynsbegjæring.

173 Sitat fra begge stornemndvedtakene, s. 3.

174 Begge vedtakene er publisert i anonymisert form på Lovdata, se UNESV-2017-3 og UNESV-2017-2.

I saken som gjaldt bokstav b var det tatt ut søksmål med påstand om ugyldighet. Utlendingen trakk imidlertid søksmålet da UNE behandlet hans klage over avslag på permanent oppholdstillatelse og tok klagen til følge. Utlendingen fikk dekket advokatutgifter til både permanent opphold-saken og opphørssaken, selv om opphørsvedtaket fortsatt er styrende for praksis i andre saker. I ettertid har personen fått tilbake sin status som flyktning.

Saken etter bokstav a er fremmet for NOAS' domstolsprosjekt, og fordelt til en advokat som vil stevne UNE for retten med påstand om at vedtaket er ugyldig. I det følgende påpekes flere mulige grunner til at vedtaket, som altså er styrende for praksis, er ugyldig.

De to vedtakene er innholdsmessig svært like når det gjelder vurdering av faktum og jus. De ble begge avsagt under dissens 4-3. UNE oppsummerte Stornemndas prinsipielle avklaringer som følger:

Det må oppstilles et varsomhetskrav for at opphør av flyktningstatus kan skje etter utlendingslovens § 37 (1) e. Det er ikke tilstrekkelig at en utlending ikke ville fått beskyttelse i dag fordi situasjonen i hjemlandet er endret. I saker der en persons beskyttelsesbehov er anerkjent og det er gitt flyktningstatus og midlertidig oppholdstillatelse på dette grunnlag, må det i tillegg legges inn en sikkerhetsmargin ved at denne generelle endringen også må være av en viss varighet. Hvor langvarig endringen må være vil avhenge av konfliktens karakter i det enkelte land og hvilke endringer som har funnet sted. De endrede forholdene i sikkerhetssituasjonen i Mogadishu de siste 5 år etter at al-Shabaab trakk seg ut av byen, anses å være vesentlige og av en tilstrekkelig varighet til å oppfylle vilkårene i utlendingsloven § 37 (1) e. Dette gjelder for personer som ikke anses som spesielt sårbare pga manglende bistand fra klan- eller familienettverk, eller som av individuelle grunner fortsatt har et beskyttelsesbehov etter utl. § 28. Uavhengig av dette, skal det i alle saker vurderes om en utlending har et individuelt beskyttelsesbehov etter lovens § 28, eller om det foreligger forhold som tilsier at vedkommende skal innvilges tillatelse på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge.<sup>175</sup>

Denne oppsummeringen er ikke en presis gjengivelse av stornemndvedtakene og flertallets vurderinger, og viser ikke de faglige svakhetene ved vurderingene som påpekes i mindretallets dissens. I det følgende vies vedtaket etter bokstav a mest oppmerksomhet, fordi flyktningen der ble gitt status som flyktning etter flyktningkonvensjonen, hvor hjemmel for opphør er angitt i art. 1 C (5). Tilsvarende regler om opphør finnes ikke i andre konvensjoner som EMK, men loven forutsetter at flyktningkonvensjonens system for opphør skal anvendes også for flyktninger etter bokstav b.<sup>176</sup> Dersom det kan påvises feil ved stornemndvedtakene, vil det med stor sannsynlighet også ha betydning for forvaltningspraksis som bygger på vedtakene.

---

175 Se UNEs nettsider: <https://www.une.no/kildesamling/stornemndavgjorelser/stornemnd---oppor-av-flyktningstatus/>

176 Se Ot.prp. nr. 75, s. 104-105.

## 4.2.1 Anvendelse av Wien-konvensjonens tolkingsregler

I motsetning til Høyesterett, viser ikke departementet i instruksen, eller UNE i stornemnd, til Wien-konvensjonens tolkingsregler. Reglene er heller ikke anvendt for å tolke innholdet i FK.

UNE anvender en uoffisiell norsk versjon av traktatteksten. Det er altså ikke «ordlyden» i FK som er gjenstand for undersøkelse, jf. FK art. 46, jf. Wien-konvensjonen art. 33. I en høyesteretts sak om tolkningen av FK art. 31 (Rt. 2014 s. 645) førte anvendelsen av en uoffisiell og feilaktig norsk oversettelse av konvensjonen til brudd på flyktningkonvensjonen.<sup>177</sup> Det er derfor uheldig at UNE ikke tolker en offisiell versjon av traktatteksten i FK.

Stornemndas flertall fremhever gjentatte ganger at det UNHCR sier ikke er bindende, uten å vurdere om det reflekterer en korrekt tolkning av konvensjonen. UNHCRs syn på tolkningen av FK, som angitt i håndboken og andre dokumenter, er ikke kommentert nærmere og behandlet som en tungtveiende tolkningsfaktor i tråd med Wien-konvensjonen art. 26, jf. FK art. 35, og jf. Wien-konvensjonen art. 32 jf. ICJ-statuttene art. 38(1)(d). Det må som et minimum kreves at statens organer anvender de samme tolkingsreglene på korrekt måte dersom de er uenige i UNHCRs tolkning, og at de viser at denne tolkningen ikke er korrekt, for at FK skal anses oppfylt i god tro. (se avsnitt 1.3.1).

Det ser heller ikke ut til at UNE har tatt hensyn til de manglene som er påpekt ved ordlyden i instruksen, sett opp mot loven og konvensjonen. Det er imidlertid ingen tvil om at UNE ikke kan forholde seg til en instruks som ikke er i tråd med loven eller konvensjonen. Det følger både av generelle rettskildeprinsipper og utlendingsloven § 3. Flertallets vurderinger preges av grunnleggende metodiske svakheter.

## 4.2.2 Er stornemndvedtaket i strid med FK, utlendingsloven og/eller instruksen?

### 4.2.2.1 Vurdering av FK art. 1 C

Flertallet mente vilkårene for opphør var oppfylt og la stor vekt på at Al-Shabaab ikke lenger hadde kontroll over Mogadishu:

Flertallet viser til at det var **Al-Shabaabs tilstedeværelse** og kontroll over Mogadishu som **førte til** en så krevende situasjon **både generelt og individuelt** at dette dannet grunnlag for tillatelse for klageren etter utlendingsloven § 28 (1) a. **Når Al-Shabaab nå er presset ut av byen, har ikke klageren lenger et beskyttelsesbehov**, og således heller ikke et aktuelt behov for bistand fra politi-

---

<sup>177</sup> NOAS var partshjelper i den såkalte Artikkel-31-saken.

og rettssystemet i hovedstaden. Det vises til tilgjengelig landinformasjon om at det **kun er avhoppere som har hatt en høy posisjon innen alShabaab som fortsatt er mål for individuelle angrep fra al-Shabaab**. Ifølge klagerens egen forklaring i asylintervjuet, flyktet han fordi han ble forsøkt rekruttert til al-Shabaab og har dermed aldri reelt vært en del av terrorgruppen. Videre vises det som over vist til, betydningen av klansystemet og at **klageren kommer fra en hovedklan som det legges til grunn at han kan få beskyttelse og øvrig bistand gjennom**. Til slutt vises det til at **det alltid skal foretas individuelle vurderinger av beskyttelsesbehov** etter at det er slått fast at opphør kan skje.<sup>178</sup> (vår utheving)

Dette må vurderes opp mot de enkelte elementene i FK art. 1 C (5).

#### 4.2.2.1.1 Kronologisk utvikling og spørsmålet om «forholdene som førte til at utlendingen ble anerkjent som flyktning» er vesentlig og varig endret

Flyktningen fikk vedtak om beskyttelse i november 2011. Det ble lagt til grunn et individuelt beskyttelsesbehov grunnet forsøk på tvangsrekruttering fra Al-Shabaab. Flertallet kom likevel til, basert på generell informasjon om Al-Shabaabs tilstedeværelse i Mogadishu, at flyktningen ikke lenger hadde et beskyttelsesbehov. Dette til tross for de individuelle forholdene i saken.

I august 2011 tok somaliske myndigheter, ved hjelp av militære styrker fra Den afrikanske union (AMISOM) kontroll over det meste av Mogadishu. Al-Shabaab trakk seg helt ut av hovedstaden i 2012. Situasjonen hadde altså bedret seg allerede da personen ble anerkjent som flyktning i Norge i november 2011. UNE endret praksis når det gjelder vurderingen av den generelle sikkerhetssituasjonen i desember 2012. UDI fulgte etter i januar 2013. UNHCR endret retningslinjene om generelt vern mot retur i januar 2014. EMD kom til motsatt resultat av Sufi and Elmi<sup>179</sup> (som etablerte generelt vern etter EMK art. 3) i september 2013.<sup>180</sup> Det må presiseres at de to sistnevnte vurderingene ikke gjelder samme bevistema som en *opphørsvurdering*; de inneholder ikke noe krav om dobbeltgaranti.

Det ble i asylvedtaket lagt til grunn reell risiko for at Al-Shabaab vil forfølge flyktningen ved retur. Den generelle situasjonen kan påvirke vurderingen av om det er sannsynlig at dette vil skje i fremtiden, men endringer i generelle forhold utelukker ikke et fortsatt individuelt beskyttelsesbehov som skyldes konkrete og personlige forhold.

---

178 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 16.

179 Se Sufi and Elmi v. United Kingdom, Applications nos. 8319/07 and 11449/07, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 June 2011: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4e09d29d2.html>.

180 Se Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 12-13 der disse hendelsene gjengis.

Har «forholdene som førte til at utlendingen ble anerkjent som flyktning», jf. § 37 endret seg på en måte som gir grunnlag for opphør, når endringene hadde skjedd før vedtaket hvor flyktningen ble anerkjent som flyktning? En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at en slik endring snarere innebærer en endring i rettsoppfatningen av situasjonen i en restriktiv retning, enn av forholdene i *hjemlandet*. Slike endringer er ikke relevant i en opphørsvurdering (se avsnitt 2.1.2).<sup>181</sup>

#### 4.2.2.1.2 Bevistemaet splittes opp og sentrale opplysninger vurderes ikke

Flyktningen utdypet i forbindelse med opphørssaken at en av de som forsøkte å rekruttere han hadde fått en høy posisjon i Al-Shabaab, og at vedkommende bor i samme nabolag som han skal returnere til. Han mente derfor fortsatt å ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse basert på de individuelle forholdene («circumstances») i saken. Selv om det skulle legges til grunn at den generelle situasjonen har bedret seg, kan man vanskelig si at flyktningens individuelle forhold har endret seg på en slik måte at vilkårene for opphør er oppfylt, uten nærmere undersøkelse, hvis forklaringen legges til grunn.

Stornemnda angir samme beviskrav (noenlunde sannsynlig) for opphør som asyl.<sup>182</sup> Stornemnda tar imidlertid ikke stilling til om flyktningens asylforklaring er troverdig (tilstrekkelig sannsynlig) eller om hans identitet er sannsynliggjort.<sup>183</sup> UNE skriver at det tas utgangspunkt i asylforklaringen, men Stornemnda vurderer kun generelle forhold. Individuelle forhold som tas opp i klagen, omtales ikke i delen av vedtaket som gjelder opphør, og som ble behandlet av stornemnda.<sup>184</sup> Forvirrende nok, konkluderer flertallet med at vilkårene for tilbakekall, jf. lovens § 28 første ledd bokstav b, er oppfylt.<sup>185</sup> Spørsmålet er om dette er en skrivefeil (b istedenfor a), eller om det er gjort en vurdering kun av den generelle sikkerhetssituasjonen, jf. bokstav b, i opphørsvurderingen etter § 37.

I delen av vedtaket som gjelder vilkårene for beskyttelse etter § 28, etter at det er slått fast at opphør kan skje, legger UNE (behandlet av nemndleder alene etter forberedelse fra sekretariatet) ikke til grunn nye opplysninger gitt av flyktningen i opphørssaken vedrørende hans situasjon ved retur:

---

181 Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, 2000, s. 523, UNHCRs håndbok avsnitt 135.

182 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 6.

183 *Ibid.*, s. 6.

184 Det vurderes på s. 19 under overskriften «Klageren er ikke flyktning etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a».

185 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 17.



UNE har sett hen til anførselen i klagen om at en av personene som forsøkte å rekruttere klageren, nå har en høy posisjon i al-Shabaab som Amir. Det ble også oppgitt at vedkommende bor i samme nabolag som klageren skal returnere til. **UNE finner i likhet med UDI, ikke å kunne feste lit til denne anførselen. Det fremstår som lite sannsynlig at denne personen har kunnet opparbeide seg en slik status** samtidig som han etter det opplyste bor åpent i en bydel i Mogadishu, all den tid byen har vært regjeringskontrollert siden 2011/2012.<sup>186</sup> (vår utheving)

I den konkrete vurderingen av om endringen er vesentlig og varig, har altså ikke UNE tatt hensyn til informasjon klageren har gitt som direkte angår personene som UNE tidligere har lagt til grunn forfølger han. Først etter at det er klart at opphør kan anvendes, vurderer UNE disse opplysningene, men opplysningene legges ikke til grunn. Basert på denne vurderingen og konklusjonen, er det spesielt at det ble vurdert som at det ikke var tvil om dette vesentlige spørsmålet og derfor grunnlag for nemndbehandling,<sup>187</sup> og personlig fremmøte.<sup>188</sup>

UNEs vurdering av individuelle forhold fremstår som spekulasjon, snarere enn en slutning basert på korrekte premisser, forsvarlig utredning og balansert bevisvurdering. UNE kan ikke «feste lit til» opplysningene, og mener de «fremstår som lite sannsynlig».<sup>189</sup> Det er bred enighet i juridisk litteratur om at staten har bevisbyrden ved opphør.<sup>190</sup> I UNHCRs uttalelse til saken Salahadin Abdulla for EU-domstolen,<sup>191</sup> gjenntas beviskravet som beskrevet i UNHCRs «Note on the Cessation Clauses» fra 1997, som høyt (completely satisfied).<sup>192</sup> Det kan vanskelig argumenteres for noe lavere beviskrav i opphørvurderingen enn i asylvurderingen, gitt de alvorlige konsekvensene ved feil.

Det er ikke mulig å slutte deduktivt, med tilstrekkelig grad av sikkerhet, fra det generelle (lite sannsynlig at Al-Shabaab-medlemmer vil kunne leve åpent i Mogadishu) til

---

186 *Ibid.*, s. 19.

187 Se utlendingsloven § 78(3) jf. utlendingsforskriften § 16-9 bokstav a, b og c.

188 Se utlendingsloven § 78 sjettede ledd jf. utlendingsforskriften § 16-12(2) og (3).

189 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 19.

190 Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 526-527. Det samme gjelder forøvrig selve asylvurderingen, se Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 88: «Idet myndighetene har bevisbyrden for at det er trygt å returnere, forutsetter et eventuelt avslag at myndighetene har foretatt en grundig saksbehandling og ved behov innhentet opplysninger som er nødvendig for å kunne foreta en forsvarlig vurdering.

191 Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08, European Union: Court of Justice of the European Union, 2. mars 2010: <http://www.refworld.org/cases,ECJ,4b8e6ea22.html>.

192 UNHCR, UNHCR public statement in relation to Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland pending before the Court of Justice of the European Union, August 2008, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08: <http://www.refworld.org/docid/48a2fo782.html>.

det spesielle (dette kan ikke være tilfelle i flyktingens konkrete tilfelle), uten nærmere begrunnelse enn det generelle (flyktingen ble ikke kalt inn for å forklare seg for nemnda og informasjonen i klagen er ikke omtalt i den relevante delen av vedtaket). Det kan stilles spørsmål både ved premissene, basert på tilgjengelig landkunnskap, og konklusjonen basert på logiske slutningsregler. Det kan ikke på generelt grunnlag trekkes en slutning som UNEs flertall gjør, uten at de individuelle forholdene tas med som en del av premissene for slutningen. Det kan videre stilles spørsmål ved hvilken betydning det har for bevisvurderingen (og beviskravet) at det ikke tas stilling til troverdigheten av den opprinnelige asylforklaringen som tidligere er lagt til grunn.<sup>193</sup>

Hvis flyktingens forklaring om personene som forfølger han legges til grunn som (noenlunde) sannsynlig, vil han ha krav på fortsatt flyktingstatus, og opphør vil ikke være anvendelig. Det er imidlertid ikke spørsmålet om forfølgelse som er bevis-tema, men om forholdene som førte til anerkjennelse som flykting har opphørt. Det generelle og individuelle kan derfor ikke på noen fornuftig måte splittes opp slik UNEs saksbehandling legger opp til. Det blir ikke et fullverdig bevisbilde, og bevisetemaet for opphør kan ikke vurderes korrekt.

Flertallet konkluderer imidlertid på et spinkelt og generelt grunnlag med at vilkårene for opphør er tilstede for flyktingen på «individuet nivå»:

Etter en helhetsvurdering av de ovennevnte momentene, har flertallet i stornemnda konkludert med at de **generelle endringene** i Mogadishu er på et slikt **vesentlig nivå** at det i utgangspunktet er **trygt** for mange å returnere dit og **at det også er trygt for klageren på et individuelt nivå** fordi al-Shabaab ikke lenger er en reell trussel for han.

Det vises til at al-Shabaab trakk seg helt ut av Mogadishu i 2012, og somaliske myndigheter tok ved hjelp av AMISOM kontroll over byen. Dette medførte en gradvis forbedring av sikkerhetssituasjonen i Mogadishu og et **vesentlig svekket al-Shabaab i forhold til slik situasjonen var på det tidspunktet klageren ble innvilget flyktingstatus i Norge**. Stornemndas flertall mener endringene i sikkerhetssituasjonen og al-Shabaabs makt er vesentlige og av en tilstrekkelig varighet til at klageren ikke lenger har en velbegrunnet frykt for forfølgelse eller står i en reell fare for alvorlige overgrep ved retur til Mogadishu<sup>194</sup> (vår utheving)

Som vi ser utelukkes det at personene som forfølger flyktingen fortsatt kan befinne seg i Mogadishu, basert på generell informasjon om Al-Shabaabs tilstedeværelse i byen. Som vi skal se (avsnitt 4.2.1.1.4), er også den generelle informasjonen som støtter en slik konklusjon i beste fall sprikende.

---

193 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 6.

194 *Ibid.*, s. 17.

#### 4.2.2.1.3 Effektiv beskyttelse fra hjemlandets myndigheter

Flertallet legger til grunn at vilkårene for opphør kan være oppfylt selv om det forutsettes at andre enn staten selv skal beskytte. Flertallet ser således ikke ut til å legge vekt på lovens ordlyd, men legger derimot stor vekt på EU-retten, uten å forklare dette metodiske valget:

EUs statusdirektiv oppstiller videre ikke et vilkår om en slik «dobbelgaranti» før opphør kan skje. Norske utlendingsmyndigheter er ikke bundet av statusdirektivet, men dette **kan likevel være relevant ved tolkningen av opphørsbestemmelsen**. I EU-direktivets artikkel 11 nr. 2 står det: «(...) Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of such a significant and non-temporary nature that the refugees fear of persecution can no longer be regarded as well-founded». Som vist til i forarbeidene, jf. **NOU 2004.20**, krever direktivet derfor ikke at det har funnet sted endringer av fundamental karakter, men retter oppmerksomheten mot om det fortsatt foreligger et velbegrunnet beskyttelsesbehov.<sup>195</sup> (vår utheving)

Flertallet hevder statusdirektivet ikke stiller krav om dobbeltgaranti. NOUen, som det vises til, sier som følger:

I EUs statusdirektiv opereres det med løsere kriterier for opphør enn i anbefalingene fra UNHCR, jf. direktivet artikkel 11 nr. 2:

«In considering points (e) and (f) of paragraph 1, [merknad: tilsvarende flyktningskonvensjonen artikkel 1C(5) og (6)], Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of such a significant and nontemporary nature that the refugee's fear of persecution can no longer be regarded as wellfounded.»

Direktivet **krever derfor ikke at det har funnet sted endringer av fundamental karakter, men retter oppmerksomheten mot om det foreligger en fortsatt oppfyllelse av kriteriene i den generelle definisjonen i artikkel 1A(2)**.<sup>196</sup> (vår utheving)

Statusdirektivet er endret siden NOUen det vises til ble skrevet. Den nå opphevede utlendingsloven av 1988, som var gjenstand for behandling i Rt. 2010 s. 858 (se avsnitt 3.2.1), inneholdt heller ingen «dobbelgaranti». Staten frafalt der for Høyesterett likevel en påstand om at opphør kunne skje «så snart vedkommende utlending falt utenfor flyktningsdefinisjonen i artikkel 1».<sup>197</sup> En slik tolkning av FK er videre avvist av Høyesterett i Farida (se avsnitt 3.2.2). Verken NOUen eller direktivet synes relevant i denne sammenheng.

---

<sup>195</sup> Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 16.

<sup>196</sup> NOU 2004: 20 s. 141.

<sup>197</sup> Se Rt. 2010 s. 858 avsnitt 35: Innvilget asyl kan tilbakekalles etter utlendingsloven § 18 annet ledd «når flyktningen ikke lenger går inn under flyktningsdefinisjonen». Staten anførte for lagmannsretten at dette innebar at tilbakekall kunne skje så snart vedkommende utlending falt utenfor flyktningsdefinisjonen i artikkel 1 A. Denne anførselen er imidlertid frafalt for Høyesterett.

Uten nærmere metodisk begrunnelse legger flertallet avgjørende vekt på EU-domstolens syn i Salahadin Abdulla:

Det vises i den forbindelse til en uttalelse fra EU-domstolen i en dom av 02.03.2010: «... the actors of protection referred to in article 7(1)(b) of the Directive may comprise international organisations controlling the State or a substantial part of the territory of the State, including by means of the presence of a multinational force in that territory.»

Flertallet er enige i at AMISOMs tilstedeværelse dermed kan og vil fungere som et «statlig substitutt» med hensyn til å garantere en stabil sikkerhetssituasjon i Mogadishu fremover.<sup>198</sup> (vår utheving)

I Salahadin Abdulla, som flertallet «viser til», tolket EU-domstolen et direktiv som ikke lenger gir uttrykk for gjeldende rett i EU. Ordlyden ser ut til å være uforandret i det nye direktivet, men EU-domstolen la til grunn et krav om en type «dobbelgaranti». Opphør er anvendelig når det har vært vesentlige og permanente endringer i et tredjeland – altså en vurdering av situasjonen i hjemlandet, som også må innebære gjenopprettelsen av et «effektivt rettssystem».<sup>199</sup> Flertallet ser ut til å ha misforstått både rekkevidden av Salahadin Abdulla og at NOUen ikke beskriver gjeldende EU-rett. I dommen uttaler EU-domstolen som følger:

– refugee status ceases to exist when, having regard to a **change of circumstances of a significant and non-temporary nature in the third country concerned**, the circumstances which justified the person's fear of persecution for one of the reasons referred to in Article 2(c) of Directive 2004/83, on the basis of which refugee status was granted, **no longer exist** and that person has no other reason to fear being 'persecuted' within the meaning of Article 2(c) of Directive 2004/83;

– for the purposes of assessing a change of circumstances, the competent authorities of the Member State must verify, having regard to the refugee's individual situation, that the actor or actors of protection referred to in Article 7(1) of Directive 2004/83 have taken reasonable steps to prevent the persecution, that they therefore **operate, inter alia, an effective legal system for the detection, prosecution and punishment of acts** constituting persecution and that the national concerned will have access to such protection if he ceases to have refugee status;<sup>200</sup> (vår utheving)

EU-domstolen tolket et EU-regelverk, som UNHCR mener er i strid med FK (se avsnitt 2.1.2.1). Flertallet fremhever at UNHCRs uttalelser ikke er bindende, til tross for man-

---

198 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 17.

199 Men domstolen fulgte ikke UNHCRs retningslinjer når det gjelder synet på «effective protection» som bestående også av sikring av et minimumsnivå for livsopphold, se Susan Kneebone og Maria O'Sullivan i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention relating to the status of refugees and its protocol, A commentary*, s. 517.

200 Salahadin Abdulla and Others v. Bundesrepublik Deutschland, C-175/08; C-176/08; C-178/08 & C-179/08, European Union: Court of Justice of the European Union, 2. mars 2010: <http://www.refworld.org/cases,ECJ,4b8e6ea22.html>, avsnitt 76 og 101.

datet til å overvåke statenes oppfyllelse av FK, som tilsier tung rettskildemessig vekt. Det synliggjøres ikke hvorfor en dom fra EU-domstolen, som ikke kan avsi bindende dommer mot Norge, og som tolker et EU-regelverk Norge ikke er bundet av – ikke FK, har relevans og større vekt enn UNHCRs syn på tolkning av FK, i en folkerettslig analyse der Wien-konvensjonens tolkingsregler anvendes. Flertallet bemerker heller ikke at en dom fra EU-domstolen, i likhet med UNHCRs anbefalinger, formelt sett ikke er rettslig bindende for Norge.

Det synliggjøres heller ikke at statusdirektivet forutsetter at internasjonale styrker har kontroll over minimum «a substantial part of the territory of the State». Dette vilkåret har flertallet ikke gått inn på utover at den somaliske regjeringen ved hjelp av AMISOM har kontroll over Mogadishu.<sup>201</sup> EU-domstolen forutsetter videre et fungerende rettssystem. Dette omtales i stornemndas generelle gjennomgang av rettskilder.<sup>202</sup> Flertallet anvender imidlertid en rettslig sett kreativ metode for å slippe å forholde seg til at det ikke finnes noe fungerende rettssystem i Somalia:

Når Al-Shabaab nå er presset ut av byen, har ikke klageren lenger et beskyttelsesbehov, og således heller ikke et aktuelt behov for bistand fra politi- og rettssystemet i hovedstaden.<sup>203</sup>

Med noe som vanskelig kan beskrives som annet enn sirkelargumentasjon, mener flertallet et slikt krav ikke er nødvendig fordi flyktningen ikke fyller vilkårene etter utl. § 28. Flertallet ser ut til å anse kravet om et fungerende rettssystem generelt for ikke å være oppfylt:

Til tross for positive endringer i Somalia knyttet til samfunnsbygging, politi- og rettsvesen, er det mye som gjenstår før en kan si at det er på plass en velfungerende ordensmakt med evne og vilje til å bistå borgerne.<sup>204</sup>

Men flertallet anser likevel at denne situasjonen «ikke kan få som konsekvens at opphør av flyktningstatus ikke kan skje på generelt grunnlag.» Uten å begrunne hvorfor, ser UNE ut til å legge til grunn at den somaliske staten ikke er i stand til å gi (effektiv) beskyttelse eller rettsikkerhet, men AMISOMs tilstedeværelse anses likevel som tilstrekkelig for å anvende opphør. Flertallet huler på denne måten ut dobbeltgarantiens innhold. Det er ikke i tråd med lovens krav om at flyktningen ikke lenger skal kunne

---

201 AMISOMs mandat fornyes årlig og ble senest i august 2017 redusert. Det kan stilles spørsmål ved hvor varig situasjonen er, se [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/RES/2372\(2017\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2372(2017)).

202 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 8.

203 *Ibid.*, s. 16.

204 *Ibid.*, s. 16.

«nekte å nyte godt av beskyttelse fra det landet utlendingen er borger av». Det nærmeste man kommer en begrunnelse er at UNHCRs anbefalinger ikke er bindende for UNE, men vurderingen fremstår som en tilpasning av rettskildene/metoden til en ønsket konklusjon.

Flertallets rettskildebruk innebærer feil lovanvendelse, både når det gjelder utlendingsloven, FK art. 1 C, og mer generelt når det gjelder folkerettslig metode, jf. Wienkonvensjonen art. 31, jf. art. 26.

#### 4.2.1.1.4 Vurdering av landkunnskapskilder og situasjonen i Somalia

Til tross for en rekke kilder som viser en usikker situasjon, og ifølge mindretallet et sprikende bevisbilde, legger UNE avgjørende vekt på informasjon fra Landinfo. En rådgiver fra Landinfo forklarte seg for nemnda. Han kommenterte de ulike kildene, og var uenig i UNHCR og den svenske utlendingsforvaltningens Center för landinformation och landanalys inom migrationsområdet (Lifos) konklusjoner. UNHCR har tilstedeværelse i Somalia og Lifos bygger ifølge mindretallet sine konklusjoner på egenobservasjoner. Landinfo-rådgiverens vurdering av disse kildene vektlegges tungt av flertallet:

Landrådgiver bekreftet for stornemnda i nemndmøtet at opplysningene i Landinfos rapporter knyttet til forholdene for sivilbefolkningen i Mogadishu fortsatt gjelder, og **han mener** LIFOS rapport av 2016 om at den generelle situasjonen for sivilbefolkningen er forverret, ikke stemmer. **Han mener** UNHCR sin beskrivelse av situasjonen for folk i Mogadishu stemmer for de internt fordrevne uten klan- og familienettverk, men ikke generelt.

Flertallet stiller seg bak denne vurderingen[.]<sup>205</sup> (vår utheving)

Flere ulike kilder støtter at Al-Shabaaab fortsatt har en tilstedeværelse i Mogadishu. UNHCR beskrev i sin siste «position on return» fra mai 2016 situasjonen som usikker og anmodet stater om ikke å tvangsreturnere personer til Sør- og Sentral-Somalia:

Under the present circumstances, UNHCR continues to urge States to refrain from forcibly returning any persons to areas of southern and central Somalia that are affected by military action and/or ensuing displacement, remain fragile and insecure after recent military action, or remain under full or partial control of non-State armed groups. General non-refoulement obligations under international human rights law may be engaged in the context of forcible return of Somalis to southern and central Somalia.<sup>206</sup>

---

205 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 15.

206 UNHCR, *UNHCR Position on Returns to Southern and Central Somalia (Update 1)*, mai 2016: <http://www.refworld.org/docid/573de9fe4.html>, avsnitt 20.

Svenske Lifos beskrev også en usikker sikkerhetssituasjon og fremhevet blant annet at Al Shabaab kontrollerer det meste av territoriet i Sør- og Sentral-Somalia:

I några stadsdelar, såsom Dayniile, Heliwa och Yaaqshiid, **har Al Shabaab en stark närvaro.**

[...]

Al Shabaab har **sedan sommaren 2015 ökat frekvensen och intensiteten i sina attacker**, och visat sig kapabla att genomföra attacker mot mer välbevakade mål såsom AMISOM:s baser. **Al Shabaab kontrollerar fortsatt också den största delen av territoriet i södra och centrala Somalia**, om än huvudsakligen landsbygd.

[...]

**Al Shabaab befinner sig strax utanför de städer som de drivits bort från och kan därifrån infiltrera städerna, främst nattetid**, men i en del städer också genom en stark närvaro i vissa områden. De har ökat såväl frekvensen som intensiteten i de attacker de genomför i städer de inte kontrollerar samt börjat attackera civila. Det är oklart om attackerna mot civila riktar sig mot diasporan per se eller mer generellt mot civilbefolkningen.<sup>207</sup> (vår utheving)

I en rapport fra Dansk flygtningehjælp fra mars 2017 hevdes det at situasjonen ikke var bedret siden 2015, og at den i visse områder hadde forverret seg:

A Western source assessed that, as of December 2016, the security situation is significantly better compared to five years ago when al-Shabaab was dislodged from Mogadishu but that the picture over the last 12 month is more blurred. In relation to this, a UN source found that the security situation **has not improved compared to 2015 and deemed that in certain areas the situation has worsened.**<sup>208</sup>

[...]

Mogadishu is to some extent under the control of AMISOM/SNA and al-Shabaab has no military camps in Mogadishu. The city is, however, under constant threat as **al-Shabaab has reach inside Mogadishu**, and the city is by several sources considered as **infiltrated by al-Shabaab**, including Mogadishu International Airport and Villa Somalia.<sup>209</sup> (vår utheving)

En OCHA-rapport fra desember 2017 beskriver det største angrepet fra Al-Shabaab i 2017 og siterer FNs generalsekretærs spesialutsending for Somalia, Michael Keating:

---

207 Lifos, Somalia En sammanfattande analys av säkerhetssituationen, rättsväsendet och civilas situation. 5.4.2016, <https://lifos.migrationsverket.se/dokument?documentSummaryId=37520>, s. 14 og 19.

208 Danish Refugee Council, *South and Central Somalia – Security Situation, al-Shabaab Presence, and Target Groups*, mars 2017, 1/2017: <http://www.refworld.org/docid/58cbf5d4.html>, s. 7.

209 *Ibid.*, s. 11.

«Ultimately, civilians are paying the price for failure to resolve Somalia's conflicts through political means,» said the head of UNSOM, the UN Secretary-General's Special Representative for Somalia Michael Keating. «And parties to the conflict are simply not doing enough to shield civilians from the violence. This is shameful.»

[...]

The worst incident on a single day was the twin bomb blasts in the Somali capital, Mogadishu, on 14 October, attributed to Al-Shabaab by Somali government officials, in which at least 512 people are officially recorded to have died as of 1 December, along with 357 injured.<sup>210</sup>

Spesialutsendingen rapporterte til sikkerhetsrådet i januar 2018 at Al-Shabaab fortsatt er en «potent threat»:

During this period, UNSOM documented a total of 2,078 civilian deaths and 2,507 injuries. More than half the casualties (60 per cent) were attributed to Al Shabaab militants, 13 per cent to clan militias, 11 per cent to State actors, including the army and the police, four per cent to the African Union Mission to Somalia (AMISOM), and 12 per cent to unidentified or undetermined attackers.

[...]

Al-Shabaab **remains a potent threat**, despite or perhaps because, it is on the back foot. [...] On October the 14th [2017], Mogadishu suffered the most deadly IED attack ever perpetrated, with an estimated 512 people killed, nearly all civilians.<sup>211</sup> (vår utheving)

EMD legger vekt på at vurderinger må gjøres basert på et bredt utvalg av kilder, ikke kun statlige kilder.<sup>212</sup> EMD legger også vekt på kildenes nærhet til det de beskriver:

88. In assessing the weight to be attached to country material, the Court has found in its case-law that **consideration must be given to the source of such material, in particular its independence, reliability and objectivity**. In respect of reports, the authority and reputation of the author, the seriousness of the investigations by means of which they were compiled, the consistency of their conclusions and their corroboration by other sources are all relevant considerations[.]

[...]

---

210 Rapporten kan leses herfra, se OHCHR, Somalia conflict exacting terrible toll on civilians – UN report Al Shabaab responsible for most civilian casualties: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22520&LangID=E>

211 Et opptak kan sees her: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_4h3PV7Z2yo](https://www.youtube.com/watch?v=_4h3PV7Z2yo).

212 Se f.eks. Storkammeravgjørelsen i J.K. v. Sweden (2016), avsnitt 86-90: J.K. and Others v. Sweden, Application no. 59166/12, Council of Europe: European Court of Human Rights, 23 August 2016: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,57bc18e34.html>.



89. The Court also recognises that consideration must be given to the **presence and reporting capacities** of the author of the material in the country in question[.]

[...]

90. [...] [T]he Court considers that, given the absolute nature of the protection afforded by Article 3, it must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State is **adequate and sufficiently supported** by domestic materials as well as by materials originating from **other reliable and objective sources** such as, for instance, other Contracting or non-Contracting States, agencies of the United Nations and reputable non-governmental organisations (see F.G. v. Sweden, cited above, § 117, quoted at paragraph 84 above). In its supervisory task under Article 19 of the Convention, **it would be too narrow an approach under Article 3 in cases concerning aliens facing expulsion or extradition if the Court, as an international human rights court, were only to take into account materials made available by the domestic authorities of the Contracting State concerned, without comparing these with materials from other reliable and objective sources**.[<sup>213</sup> (vår utheving)]

Flertallets vurderinger baserer seg i stor grad på det statlige organet Landinfo. Mindretallet var kritiske til flertallets kildebruk. Kritikken reflekterer sider ved bevisvurderingen som kan være problematisk sett i lys av EMDs praksis:

Det muntlige vitnemålet til Landinfos sakkyndige og de skriftlige rapportene fra blant andre svenske og finske kilder bygger opp under FN's spesialutsendings konklusjon fra 2015 om at Somalia ikke lenger er en «failed state». Vi viser spesielt til at sikkerhetssituasjonen i Mogadishu er endret som følge av at al-Shabaab ikke lenger har dominerende innflytelse siden medio 2012. Vi konstaterer imidlertid at **tilgjengelig landinformasjon er splittet i synet på hvorvidt al-Shabaab er en risiko for sivilbefolkningen i Mogadishu. Svenske kilders analyse, som tilsynelatende bygger på egenobservasjoner som er ferskere enn andre kilders**, indikerer at organisasjonen fortsatt er en trussel for sivilbefolkningen og at terror mot befolkningen i form av bilbomber mv. ble iverksatt for å øke befolkningens fryktfølelse knyttet til valget. Vi kan derfor ikke slutte oss til at det er skjedd noen vesentlig og varig endring av sikkerhetssituasjonen.<sup>214</sup> (vår utheving)

Flertallets vurdering er også problematisk sett i lys av UNHCRs mandat, jf. FK art. 35, jf. utl. § 98, jf. Wien-konvensjonen art. 26. UNHCR uttaler seg om jus, faktum og subsumsjon, i tråd med sitt mandat til å overvåke statenes oppfyllelse av forpliktelsene i FK. I et brev til innvandrings- og integreringsminister Sylvi Listhaug datert 07.11.2016, uttalte UNHCR seg kritisk til praksisendringen i Somalia-porteføljen (brevets innhold er gjengitt på følgende måte i vedtaket):

[UNHCR] mener situasjonen i Mogadishu og Sør-Somalia **fortsatt er ustabil, at endringene ikke er av fundamental karakter**, og at årsaker til voldsutøvelse ofte knytter seg til landkonflikter og konflikter knyttet til politisk kontroll. Videre viser UNHCR til at sivile blir alvorlig rammet av vold

---

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 18.

og konflikt og at det er rapportert om sårede og drepte, omfattende seksuell og kjønnsrelatert vold og **tvangsrekruttering av barn**. Det ble også vist til et stort omfang av internflyktninger, og at **politiet og sikkerhetsstyrker mangler kapasitet til å gi effektiv beskyttelse**, noe som igjen har stor betydning for den humanitære situasjonen. **Situasjonen tilfredsstillende således ikke vilkårene for tilbakekall i Flyktningkonvensjonen 1 C.** (vår utheving)

I diplomatiske former ga UNHCR i brevet uttrykk for at opphør av flyktningstatus for somaliere fra Sør- og Sentral-Somalia vil være i strid med FK art. 1 C (5). UNHCR gjorde et poeng av at det er ulike bevisstema når det gjelder terskelen for generelt vern («generalized violence») etter EMK art. 3 og vilkårene for å anvende opphør etter FK art. 1 C:

I was also informed that this review [UDIs identifisering av 1 600 saker i Somalia-porteføljen] was based on your assessment that the situation in Southern and Central Somalia, including Mogadishu, no longer qualifies as one of generalized violence. However, UNHCR does not consider the situation in Somalia to be fundamentally improved for the purposes of application of the «ceased circumstances» clauses, and our Position on Returns to Southern and Central Somalia, issued in May 2016, remains applicable. UNHCR considers that the general security situation in Mogadishu and the regions of Southern and Central Somalia remains volatile. The violence is often fuelled by disputes over land and political control. Civilians continue to be affected severely by violence and conflict, with reports of injuries and killings, widespread sexual and gender-based violence, forced recruitment of children, and large-scale displacement, with limited protection capacity by police and security forces. The ongoing violence also continues to have a detrimental impact on the humanitarian situation.

UNHCR therefore urges states to refrain from both ceasing international protection status granted to Somalis and forcibly returning individuals to areas of Southern and Central Somalia that are affected by military action, remain fragile and insecure after recent military action, or are under full or partial control of non-State armed groups.<sup>215</sup>

Flertallet bemerket på et tvilsomt grunnlag at UNHCR og norsk utlendingsforvaltning har samme kildetilfang:

[...] UNHCR sine vurderinger av den generelle sikkerhetssituasjonen i Mogadishu baserer seg på samme landinformasjon som er tilgjengelig for UDI, UNE og andre. Forøvrig bemerkes at det ovenfor nevnte brevet fra UNHCR ikke er undertegnet av Høykommissæren og det er heller ikke opplyst hvem eller på hvilket nivå brevet er undertegnet.<sup>216</sup>

---

215 Se UNHCRs brev til Sylvi Listhaug av 7.11.2016, blant annet publisert i Dagbladet, Torun Støbbakk, FN ber Listhaug om å ikke sende ut somaliske flyktninger med tvang, Dagbladet 16.11.2016: <https://www.dagbladet.no/nyheter/fn-ber-listhaug-om-a-ikke-sende-ut-somaliske-flyktninger-med-tvang/65225101>, s. 1.

216 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 15.

En slik vekting av en uttalelse fra UNHCR, om tolkning av FK, faktum og subsumsjon, er neppe i tråd med forarbeidene og utlendingslovens intensjon. UNHCRs uttalelse skal vektes tungt (se avsnitt 1.3.1). Hvem som har signert brevet er irrelevant. Det er institusjonen UNHCR, i kraft av mandatet, som gir slike uttalelser relevans og vekt. Det presiseres her at forarbeidene vedrørende utlendingsloven § 3 viser at også «folkerettslige soft law-prinsipper vil kunne ha betydning når norsk rett skal tolkes i lys av folkeretten.»<sup>217</sup>

For øvrig er det offentlig tilgjengelig blant annet på NRKs og Dagbladets nettsider, hvem som har signert brevet. Det er assisterende høykommissær for «protection», Volker Türk.<sup>218</sup>

#### 4.2.1.1.5 Andre lands praksis

I forbindelse med stornemndsakene ble det innhentet opplysninger om statspraksis fra et nettverk av statlige utlendingsmyndigheter (Intergovernmental Consultations on Migration, Asylum and Refugees (ICG)). Praksisen fra statene som svarte (totalt ni stater: Australia, Belgia, Canada, Danmark, Finland, Tyskland, Irland, Polen, Sverige, og Sveits) var relativt samstemt. Ingen land, med unntak av Danmark og Tyskland, hadde konkret vurdert om situasjonen i Mogadishu i dag er stabil nok til å oppheve flyktningstatus. I den grad de hadde vurdert det, mente landene at sikkerhets-situasjonen i Mogadishu er endret til det bedre siden 2011, men en anser ikke endringene for å være av en slik betydelig karakter eller at endringene er varige nok til at man kan utlede et generelt opphør av flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen.<sup>219</sup> I Danmark er det etter konkrete vurderinger om opphør for somaliere med subsidiær beskyttelse – altså ikke omfattet av FK og derfor uten et rettslig krav om vesentlige og varige endringer – fattet vedtak om opphør.<sup>220</sup> Det er ikke kjent at det er fattet vedtak om opphør for personer som er omfattet av flyktningkonvensjonen i Danmark.

Til tross for at det nylig var gjort svært relevante vurderinger i Kenya, ble ikke denne praksisen omtalt. Kenya annonserte i 2016 at de ville legge ned flere store flyktning-leirer, blant annet verdens største flyktningleir Dadaab, og sende somaliske flyktninger

---

217 Ot.prp. 75 (2006-2007) s. 401.

218 Torun Støbakk, FN ber Listhaug om å ikke sende ut somaliske flyktninger med tvang, Dagbladet 16.11.2016: <https://www.dagbladet.no/nyheter/fn-ber-listhaug-om-a-ikke-sende-ut-somaliske-flyktninger-med-tvang/65225101>.

219 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 9-10. Selve ICG-rapporten er mottatt gjennom innsynsbegjæring.

220 Se Intergovernmental consultations on migration, asylum and refugees (ICG), Refugee Convention Art. 1C Cessation and Asylum Practice on Somalia, Compilation of responses: Request for information from Norway, mai 2017, s. 7-8. Oversikten over statspraksis er mottatt ved innsynsbegjæring, og ble innhentet i forbindelse med de to stornemndsakene.

tilbake til Somalia.<sup>221</sup> Kenyas High Court avsa i februar 2017 dom i en sak hvor denne beslutningen ble vurdert opp mot Kenyas Grunnlov og folkerettslige forpliktelser.<sup>222</sup> Kenyanske myndigheter hadde gjennom en erklæring tilbakekalt somaliske flyktingers status som flyktning, blant annet fordi de ble ansett for å utgjøre en sikkerhetsrisiko for landet. Domstolen kom til at beslutningen var i strid med flere bestemmelser i den kenyanske Grunnloven og i strid med flyktningkonvensjonen art. 1 C. Domstolen fremhevet blant annet at FKs formål er å gi flyktinger en varig løsning, la stor vekt på UNHCRs syn på situasjonen, og konkluderte med at endringene i Somalia ikke var av en slik karakter at vilkårene i art. 1 C var oppfylt:

[C]essation practices should be developed in a manner consistent with the goal of durable solutions. Cessation should therefore not result in persons residing in a host State with an uncertain status. It should result either in persons compelled to return to a volatile situation, as this would undermine the likelihood of a durable solution and could also cause additional instability in an otherwise improving situation, thus risking future refugee flows. Acknowledging these considerations ensures refugees do not face involuntary return to situations that might again produce flight and a need for refugee status. It supports the principle that conditions within the country of origin must have changed in a profound and enduring manner before cessation can be applied.<sup>223</sup>

Den kenyanske domstolens syn på både tolking av FK art. 1 C og anvendelsen av bestemmelsen på situasjonen i Somalia kunne vært interessant informasjon for storkemnda. Argumentasjonsverdien av dommen kunne vært presentert av flyktingens advokat hvis denne hadde fått anledning til å møte personlig i nemndmøtet.

---

221 Human Rights Watch, World Report 2018 – Kenya, 18. januar 2018: <http://www.refworld.org/docid/5a61ee5b4.html>.

222 Constitutional Petition No. 227 of 2016, Kenya: High Court, 9. februar 2017: [http://www.refworld.org/cases,KEN\\_HC,589c3c514.html](http://www.refworld.org/cases,KEN_HC,589c3c514.html).

223 *Ibid.*, s. 30-32.

#### 4.2.2.2 Konklusjon

Stornemndvedtakene inneholder flere feil som kan innebære brudd på forvaltningssloven og som kan gjøre vedtakene ugyldig. I tillegg til de konkrete feilene som er omtalt, er det et generelt problem at flyktingene ble nektet å møte personlig for nemnda med advokat, for å gi sin fremstilling av jussen og situasjonen i Somalia. Dette kan ha hatt stor betydning i en stornemnd som delte seg i knappest mulig flertall 4-3, og kan ha konsekvenser for mange andre somaliske flyktinger.

Saksbehandlingen ble kritisert av stornemndas mindretall:

Mindretallet vil for øvrig tilføye at det finner at den praksis myndighetene nå legger seg på ved å fremme «pilotsaker» for stornemnd er uegnet til å foreta en gruppebedømmelse av hvorvidt beskyttelsesbehovet skal opphøre for større grupper, sammenlignet med for eksempel en åpen høring og utredning i regi av departementet. I den sammenheng legges det vekt på at det pløyes opprøvd grunn ved å åpne for dette. Jf. *Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.106: Det «må anses lite aktuelt med aktiv bruk av (bestemmelsen)»* Saken er bredt anlagt og forberedt fra sekretariatets side, og man har lite å utsette på det sakkyndige vitnet fra Landinfo. **Det er imidlertid en svakhet ved prosessen at klager ved sin advokat i liten grad har fått komme til orde knyttet til de vanskelige spørsmålene om lovtolkning nemnda har måttet ta stilling til.** (vår utheving)

Instruksen omtaler ikke myndighetsbeskyttelse, og stornemndas flertall legger til grunn at slik beskyttelse ikke er nødvendig til tross for en klar ordlyd i både utlendingsloven § 37 og FK art. 1 C (5). Ved i praksis å avvise dobbeltgarantien, synes vedtakene å være i strid med både loven og konvensjonen, men ikke nødvendigvis instruksene. Det er ikke tvilsomt etter alminnelig rettskildeprinsipper at instruksene må vike for loven, og at en praksis i tråd med instruksene som er i strid med FK må vike jf. utlendingsloven § 3.<sup>224</sup>

Det er en grunnleggende svakhet at Wien-konvensjonens regler ikke anvendes, og at UNHCRs uttalelser ikke vurderes og vektlegges i tråd med FK art. 35, jf. Wien-konvensjonen art. 26, jf. også Wien-konvensjonen art. 32. Det foretas ikke en folkerettslig analyse i tråd med Wien-konvensjonens regler, og det begrunnes ikke hvordan eller hvorfor rettspraksis fra EU-domstolen har relevans og tillegges så stor vekt.

#### 4.2.3 Er stornemndvedtaket i strid med EMK art. 8?

Selv om det ikke generelt er påkrevd med en forholdsmessighetsvurdering (se avsnitt 4.1.1) etter utl. § 37 følger et slikt krav av EMK art. 8.

EMK art. 8 lyder som følger:

---

224 Se for eksempel Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, s. 174.

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is **necessary in a democratic society** in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others (vår utheving)

For å foreta et inngrep i en utlendings rett til privat- og familieliv, må UNEs vedtak om opphør ha grunnlag i nasjonal lov, forfølge et legitimt mål, og være nødvendig i et demokratisk samfunn, det vil si det må foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Et vedtak om opphør har lovhjemmel i utlendingsloven. Formålet med praktiseringen av dagens regelverk, som følge av instruksene, er å «prioritere de som faktisk trenger beskyttelse» og å «gi beskyttelse til nye grupper dersom det blir behov for dette». Det er altså innvandringsregulering, og å prioritere ressurser til de som trenger det mest, som er begrunnelsen for praksis, og som derfor er det formålet som må vektes mot flykningens rett til privatliv. Det primære formålet med EMK artikkel 8 er å beskytte enkeltindivider mot vilkårlige inngrep/handlinger fra offentlige myndigheter. I henhold til fast folkerettspraksis, men avhengig av en stats traktatforpliktelser, har staten rett til å kontrollere utlendingers adgang til og opphold på statens territorium.<sup>225</sup> Når det gjelder utlendinger, er status som såkalt «settled migrant» etter EMDs rettspraksis i utgangspunktet en forutsetning for vern mot utsendelse/utvisning etter EMK art. 8.<sup>226</sup> En slik status gir ikke et absolutt vern mot utvisning og utsendelse, men statens handlingsrom til å utvise utlendinger i slike tilfeller er betydelig redusert.

UNE foretok i det ene stornemndvedtaket ikke noen vurdering av om vedtaket om opphør var i tråd med EMK art. 8, og la i det andre feilaktig lovforståelse til grunn. I begge vedtak la UNE til grunn en overraskende og feilaktig forståelse av hvem som er «settled migrant» etter EMDs rettspraksis. Hovedvilkåret for å anses som såkalt «settled migrant» etter EMDs praksis er at man har hatt en formell oppholdstillatelse. Dette fremgår av storkammeravgjørelsen *Jeunesse mot Nederland* som UNE siterer og viser til.<sup>227</sup> Merkelig nok gjengir UNE det dommen sier på en svært upresis måte, og det hevdes at det følger av dommen et krav om permanent oppholdstillatelse, ikke formell oppholdstillatelse:

---

225 *Nunez v. Norway*, Application no. 55597/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 28 June 2011: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,4e26e22c2.html>, avsnitt 66.

226 Som det fremgår av saken *Butt mot Norge* vil det kun i «exceptional circumstances» være ufroholdsmessig å utvise utlendinger som ikke er «settled migrants», se Rt. 2012 s. 2039, avsnitt 78-81.

227 *Jeunesse v. the Netherlands*, Application no. 12738/10, Council of Europe: European Court of Human Rights, 3 October 2014: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,584a96604.html>.

En slik sosial tilknytning til samfunnet som en etablert innvandrere («settled migrant») opparbeider seg, vil kunne falle inn under og beskyttes av begrepet «privatliv» i EMK artikkel 8. Begrepet «settled migrant» defineres i EMDs **storkammeravgjørelse Jeunesse mot Nederland avsnitt 104 [EMD-2010-12738]** som «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country». Etter dette kan en utlending i utgangspunktet først anses som «settled» når **permanent oppholdstillatelse** er innvilget. Det kan i enkelte tilfeller være slik at man ikke anses som «settled» selv om permanent oppholdstillatelse er gitt.<sup>228</sup> (vår utheving)

Den upresise gjengivelsen er ikke kommentert nærmere. Implisitt kan man kanskje gå ut fra at UNE gjennom denne gjennomgangen av rettskilder legger til grunn at flyktningene ikke har en slik permanent tillatelse, ikke er «settled migrant», og at det ikke er nødvendig med noen forholdsmessighetsvurdering. Men noen slik subsumsjon fremgår ikke av vedtaket.

Neste del av vedtaket, som har overskriften «Stornemndas konkrete vurdering i saken Vurdering av om kriteriene for opphør og tilbakekall er oppfylt» inneholder ingen referanse til verken EMK art. 8 eller «settled migrant». Dette er en saksbehandlingsfeil som gjør det umulig å vurdere om UNE har forstått loven og EMK korrekt.<sup>229</sup> Feilen blir tydeligere når man sammenlikner med det andre stornemndvedtaket som inneholder følgende avsnitt (og en egen overskrift) før flertallets «konkrete vurdering»:

Vurdering av om klageren er en «settled migrant» jf. EMK artikkel 8

Klageren har oppholdt seg i Norge siden 2012 og har således en oppholdstid på ca 5 år. Klageren har ikke blitt innvilget permanent oppholdstillatelse i Norge og flertallet viser til UDIs sakshistorikk og begrunnelse for dette. Etter fast forvaltningspraksis kreves det ca 10 års oppholdstid før tilknytning i seg selv gir grunnlag for oppholdstillatelse. Klageren har heller ikke tilknytning til Norge gjennom nær familie. Flertallet mener klageren etter dette ikke kan anses som en «settled migrant».<sup>230</sup>

Flertallets vurdering i dette vedtaket er også feil. Den ser ut til å forutsette permanent oppholdstillatelse for å anses som «settled migrant». For å underbygge at UNEs lovforståelse på dette punkt er feil, siteres det fra fire rettsavgjørelser. Det vises først til Høyesteretts dom Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 80:

EMDs praksis viser videre at for beskyttelsen etter artikkel 8 er det av stor betydning om den aktuelle personen er en «settled migrant». Dette illustreres også av saken Butt mot Norge. Som det fremgår av sitatet fra dommens avsnitt 76, kom EMD til at søskenparet Butt hadde etablert «private life» i Norge. **Hvorvidt de kunne regnes som «settled migrants», behandles i avsnitt 78. EMD understreker**

---

228 Stornemndvedtak (UNESV-2017-3), s. 10.

229 Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave, s. 490.

230 Stornemndvedtak (UNESV-2017-2), s. 20.

her at hensett til at deres opphold i Norge hadde vært ulovlig siden 1996, kunne de ikke «be viewed as 'settled migrants' as this notion has been used in the case-law». Et sammenhengende ulovlig opphold i Norge på nærmere 17 år kvalifiserte altså ikke for at de kunne regnes som «settled migrants». Under henvisning til domstolens tidligere praksis konkluderte EMD etter dette i avsnitt 79 med at en utsendelse fra riket bare «in exceptional circumstances» ville krenke artikkel 8. (vår utheving)

Og videre til Høyesteretts dom HR-2016-2017-A avsnitt 55:

Tilbakekall av de permanente oppholdstillatelsene krever utvilsomt hjemmel i lov etter Grunnloven § 113. Slik jeg ser det, innebærer vedtakene om tilbakekall også et inngrep i ankemotpartenes rett til privatliv etter Grunnloven § 102 jf. EMK artikkel 8. Som fremhevet blant annet i Rt-2012-2039 avsnitt 80 og Rt-2013-449 avsnitt 95, beror graden av beskyttelse på om utlendingen er en såkalt «settled migrant». Begrepet «settled migrants» er i EMDs storkammerdom 3. oktober 2014 i saken Jeunesse mot Nederland avsnitt 104 [EMD-2010-12738] definert som «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».

Anken i den såkalte Abassi-saken ble avvist av Høyesteretts ankeutvalg, og lagmannsrettens dom er rettskraftig:

I saken her er det fra ankemotpartene gjort gjeldende at tilbakekallet av Ds og barnas flyktningstatus og oppholdstillatelse i Norge innebærer et inngrep i goder beskyttet av EMK artikkel 8 om retten til privatliv. **Dersom D og barna kan anses som «settled migrants» vil tilbakekallet – for å være gyldig – måtte ha hjemmel i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig, se HR-2016-2017-A avsnitt 55-57 og 78.**

I EMDs storkammeravgjørelse i saken Jeunesse mot Nederland (EMD-2010-12738) avsnitt 104 er begrepet «settled migrants» definert som «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».

**D og barna ble ved Utlendingsdirektoratets vedtak 21. september 2012 innvilget midlertidig oppholdstillatelse med flyktningstatus for tre år. Tillatelsene kunne fornyes etter utlendingsloven § 61 første ledd og ga grunnlag for permanent oppholdstillatelse etter § 62.** Det er fra statens side ikke anført at vedtakene var gitt på uriktig grunnlag, eller at de av andre grunner skulle være ugyldige. D og barna må derfor sies å ha innrettet seg etter en etablert rettighet. De hadde bosatt seg i Y, der barna hadde gått på skole. Barna hadde lært seg norsk og var godt integrerte i det norske samfunnet med norske venner. **Slik lagmannsretten ser det, er det mye som taler for at D og barna kan anses å oppfylle det krav som er oppstilt i Jeunesse-dommen og derved bli å anse som «settled migrants».** Gode grunner taler derved for at det i denne saken skal foretas en forholdsmessighetsvurdering i lys av EMK artikkel 8. Spørsmålet om det også ved tilbakekall etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e må foretas en slik vurdering, kommer derfor ikke på spissen.<sup>231</sup> (vår utheving)

I Farida-saken vant saksøkerne frem med at UNEs vedtak var ugyldig (statens anke ble forkastet). Høyesterett tok ikke stilling til om de var «settled migrants», men det

---

231 Anken ble avvist av ankeutvalget og dommen er rettskraftig.



gjorde lagmannsretten, i det som nå er en rettskraftig dom:

A og C ble ved UDIs vedtak 12. oktober 2011 **innvilget midlertidig oppholdstillatelse med flyktningstatus for tre år**. Tillatelsen kunne fornyes etter utlendingsloven § 61 første ledd og ga grunnlag for permanent oppholdstillatelse etter § 62. Tillatelsen var ikke gitt på uriktig grunnlag og det er ikke anført at vedtaket av andre grunner skulle være ugyldig. **Per 12. mars 2015 hadde A og datteren vært bosatt i Norge i 3 år og 8 måneder**. De hadde etablert seg på Z, der de henholdsvis arbeidet og gikk på skole. De hadde lært seg norsk og snakket norsk seg i mellom. De deltok aktivt i lokalmiljøet og **hadde innrettet seg på at de skulle forbli i Norge. Etter lagmannsrettens vurdering må A og C anses som «settled migrants» da tilbakekallet skjedde**. For at tilbakekallene skal være rettmessige, må de dermed ha hjemmel i lov, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessige, se HR-2016-2017-A avsnitt 55-57 og 78.<sup>232</sup> (vår utheving)

Oppsummert er det ikke krav om *permanent* oppholdstillatelse for å anses som «settled migrant», men et krav om *formell* oppholdstillatelse i Norge, som kan være midlertidige oppholdstillatelser gitt på bakgrunn av status som flyktning. Til sammenlikning har man lovlig opphold i søknadsprosessen som asylsøker, men man har ikke en formell oppholdstillatelse. I tillegg vektlegges berettigede forventinger om opphold og mulighet til å etablere et vernet privat- og familieliv.

Et annet spørsmål er om det faktisk *er* forholdsmessig å tilbakekalle statusen og tillatelsen, eller om det vil være i strid med flyktningens rett til privat- og/eller familieliv. Rettspraksis tilsier at personer som omfattes av opphør i Norge generelt vil måtte anses som «settled migrants», og at utlendingsforvaltningen må foreta en vurdering av forholdsmessighet etter EMK art. 8. I en slik vurdering vil det være relevant om flyktningen har etablert en sterk personlig og følelsesmessige tilknytning til landet gjennom blant annet familie, jobb, bolig og et sosialt nettverk.<sup>233</sup>

Det er også et selvstendig moment ved vurderingen dersom utlendingen er flyktning. EMD fremhevet i Storkammerdommen Al-adsani mot Storbritannia at bestemmelsene i EMK ikke kan tolkes i et vakuum. De må i tråd med Wien-konvensjonens regler tolkes i «harmoni» med andre relevante folkerettsregler:

[T]he Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties». The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account [...] The Convention should so far as possible

---

232 LB-2016-12981.

233 Butt v. Norway, Application no. 47017/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 4 December 2012: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,583ff1167.html>, avsnitt 76.

be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity.<sup>234</sup>

EMD anser FK som relevant, jf. Wien-konvensjonen art. 31(3)(c), selv om domstolen ikke foretar en vurdering av om vilkårene i FK er oppfylt.<sup>235</sup> Domstolen har i ulike sammenhenger anerkjent at flyktninger utgjør en spesielt sårbar gruppe, og at dette må vektlegges i vurderinger etter EMK art. 8. Dette gjelder blant annet flyktningsrett til familiegjengforening<sup>236</sup> og eksklusjon fra flyktningstatus. I en nylig avvisningskjennelsen (M.M. and others mot Nederland),<sup>237</sup> konkluderte domstolen med at en beslutning om å utelukke/ekskludere en utlending fra flyktningstatus etter FK art. 1 F innebar et inngrep i rettigheter etter EMK art. 8. Forholdsmessigheten av inngrepet må da vurderes:

The Court accepts that the decisions to apply Article 1F and to impose an exclusion order on the two applicants concerned constituted an interference with their rights under Article 8 § 1 of the Convention. Consequently, it must be examined whether this interference was justified under the terms of the second paragraph of this provision.<sup>238</sup>

Tilsvarende bør da også gjelde for vurdering av opphør etter FK art. 1 C. Den langvarige og konsekvente forvaltningspraksisen for opphør tilsier at flyktninger i Norge hadde berettigede forventninger om fortsatt og langvarig opphold i Norge, med mindre de begikk straffbare forhold som ga grunnlag for utvisning. Dette må i alle fall gjelde frem til Stortingets «asylforlik» ble inngått i november 2015, hvor man kanskje kan si at forventningene kunne eller burde ha blitt endret.<sup>239</sup>

---

234 *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, Council of Europe: European Court of Human Rights, 21 November 2001: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3fe6c7b54.html>, avsnitt 55.

235 *Se Amuur v. France*, 17/1995/523/609, Council of Europe: European Court of Human Rights, 25 June 1996: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b76710.html>, avsnitt 43.

236 *Se tre dommer avsagt mot Frankrike 10. juli 2014: Tuquabo Tekle v. the Netherlands, Mugenzi v. France (application no. 52701/09), Tanda- Muzinga v. France (no. 2260/10), Senigo Longue and Others v. France (no. 19113/09)*. Alle saker gjelder familiegjengforening og franske myndigheters nektelse av å utstede visum til familiemedlemmer (mindreårige barn og ektefeller) som oppholdt seg i et tredjeland. EMD konkluderte med at det forelå en krenkelse av EMK artikkel 8 i de tre førstnevnte klagesakene. På bakgrunn av at franske myndigheter ikke hadde tatt hensyn til klagerens (som flyktninger) individuelle omstendigheter, konkluderer EMD med at staten ikke hadde oppnådd en rimelig balanse mellom klagerens krav på vern om fundamentale rettigheter på den ene siden og statens interesse i å kontrollere innvandring på den andre siden.

237 *M.M. and Others v. The Netherlands*, 15993/09, Council of Europe: European Court of Human Rights, 19 June 2017: <http://www.refworld.org/cases,ECHR,594783824.html>.

238 *Ibid.*, avsnitt 137.

239 Politisk avtale om tiltak for å møte flyktningkrisen, 19.11.2015: <https://www.regjeringen.no/no/dokumentarkiv/regjeringen-solberg/andre-dokumenter/jd/2016/avtale-om-tiltak-for-a-mote-flyktningkrisen/id2462434/>. Se punkt 5 i delen om «umiddelbare tiltak» som sier at «Dersom grunnlaget for midlertidig

Den manglende vurderingen av forholdsmessigheten av EMK art. 8 (2), og den misforståtte oppfatningen av hvem som er «settled migrant» er i strid med EMK art. 8. Den manglende utredningen og begrunnelsen er i strid med forvaltningsloven.<sup>240</sup> Sannsynligvis vil de fleste som vurderes for opphør i Norge være «settled migrants», og et inngrep i deres privat- og familieliv vil i mange tilfeller kunne være uforholdsmessig etter EMK art. 8.

#### 4.2.4 Er stornemndvedtakene barnesensitive?

Ingen barn var involvert i stornemndsakene, og barnerettslige spørsmål kom derfor ikke på spissen. Det er derfor lite tilgjengelig informasjon om hvordan instruksene praktiseres overfor barn, utover funnene i en rapport fra Institutt for samfunnsforskning fra juni 2018 (se avsnitt 4.1.6).

---

beskyttelse kan ha falt bort som følge av politiske, sosial eller humanitære forbedringer i hjemlandet, kan utlendingsmyndighetene uten ugrunnet opphold starte med tilbakekalling av oppholdstillatelsen til de som fikk opphold på slikt grunnlag.»

<sup>240</sup> Se forvaltningsloven §§ 17 og 24.

## 5 Konklusjoner

Norske myndigheter har etablert en opphørspraksis, basert på Regjeringens instruks og stornemndvedtak, som er i strid med utlendingsloven og flyktningkonvensjonen. Praksisen er også i strid med UNHCRs anbefalinger. Vilkårene for å anvende opphør for flyktninger fra Sør- og Sentral-Somalia er ikke oppfylt. Endringer i personlige forhold er ikke tilstrekkelig for å anvende opphør etter FK art. 1 C (5).

Enhver søknad om beskyttelse (status som flyktning) forutsetter, uavhengig av om grunnlaget er individuelt eller begrunnet med den generelle situasjonen i hjemlandet, at hjemstaten enten selv er en forfølgelsesaktør eller at den mangler vilje og/eller evne til å beskytte vedkommende mot forfølgelse fra ikke-statlige aktører (fravær av beskyttelse). Hvis staten har slik vilje og evne til å beskytte, vil en søknad om asyl avslås, selv om risikoen gjelder forhold som omfattes av en konvensjonsgrunn.

En etterfølgende opphørsbeslutning, som frir mottakerstaten for ansvaret for flyktningen, forutsetter en endring i grunnlaget for asyl (det må opphøre å eksistere), og at effektiv myndighetsbeskyttelse på nytt blir tilgjengelig i hjemlandet (den såkalte dobbeltgarantien). Endringene må være vesentlige og varige. Derfor vil enhver vurdering av opphør forutsette en vurdering av om endringen i de generelle forholdene i hjemlandet er vesentlig og varig endret.

Anvendelse av opphør og retur til internflukt er i strid med flyktningkonvensjonen, det samme er opphør hvis det forutsettes at andre enn staten skal beskytte flyktningen.

Praksisen *kan* være i strid med barnekonvensjonen art. 3 og Grunnloven § 104, dersom en vurdering av barnets beste ikke inngår i opphørsvurderingen. Praksisen er, hvis det kan legges til grunn at lovforståelsen i stornemndvedtakene er representativ for praksis, også i strid med EMK art. 8 og Grunnloven § 102. Unnlåtelsen av å foreta forholdsmessighetsvurderinger er i strid med disse forpliktelsene, selv om det ikke formelt sett er et krav om slike vurderinger etter utlendingsloven § 37. UNEs vurdering av hva som kreves for at en utlending skal anses som en «settled migrant» er ikke i tråd med EMDs rettspraksis.

Utlendingsforvaltningen må anvende loven i tråd med Norges internasjonale forpliktelser jf. utlendingsloven § 3, og praksis bør derfor justeres.

Da instruksen ble gitt var UNE underlagt departementets instruksjonsmyndighet, men denne er nå begrenset til UDI. Det er likevel tvilsomt hvor fritt forvaltningen vil stille seg når det foreligger en klar instruks fra et overordnet organ. Det riktige må derfor være at Justis- og beredskapsdepartementet, som det ansvarlige departement, endrer instruks for opphør av flyktningstatus. Det følger av grunnleggende rettskildelære og folkerettslige prinsipper at instruks må vike for loven ved motstrid.

Manglende utredning og manglende forståelse for og anvendelse av folkerettslig metode i både forarbeider og instruks er kritikkverdig. Forvaltningen må som Høyesterett anvende Wien-konvensjonens tolkingsregler. En instruks som er klart i strid med ordlyden i loven og/eller FK må settes til side, og bør endres snarest mulig. Der instruks er presisert av korrespondanse mellom forvaltningsorganer, må instruks oppdateres for å gi uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis.

