



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Kan det innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e?

Et lovtolkningsspørsmål i lys av nasjonale og internasjonale kilder

—

Helene Marie Trøan Schefte

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Bakgrunn	2
1.3	Metodiske spørsmål	3
1.4	Avgrensninger	5
1.5	Fremstillingen videre	6
2	Retten til flyktningstatus	6
2.1	Innledning	6
2.2	Hvem får status som flyktning?	7
2.2.1	Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a	7
2.2.2	Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b	8
2.3	Hvilken oppholdstillatelse får man som flyktning?	8
3	Opphør av flyktningstatus	10
3.1	Innledning	10
3.2	Kort om saksbehandlingen i vedtak om opphør av flyktningstatus	10
3.3	Det rettslige grunnlaget for opphør av flyktningstatus	11
3.3.1	Noen utgangspunkter	12
3.3.2	Vilkårene for opphør av flyktningstatus	13
3.3.3	Relevante forskjeller	16
4	Skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering i saker om opphør av flyktningstatus?	17
4.1	Innledning	17
4.2	Kan det innfortolkes et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e etter norsk rett?	19
4.2.1	Lovens ordlyd	19
4.2.2	Lovens formål	21
4.2.3	Forarbeidene	21
4.2.4	Lovens system	23

4.2.5	Rettspraksis.....	28
4.2.6	Forvaltningspraksis	31
4.2.7	Juridisk teori	32
4.2.8	Reelle hensyn.....	32
4.2.9	Gjelder det en ulovfestet generell regel om forholdsmessighet for forvaltningsvedtak?	34
4.2.10	Foreløpig konklusjon.....	37
4.3	Kan det innfortolkes et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e etter internasjonal rett?	38
4.3.1	Flyktningkonvensjonen	38
4.3.2	EUs statusdirektiv artikkel 11 nr. 1 og nr. 2.....	40
4.3.3	EMK artikkel 8	41
4.3.4	Foreløpig konklusjon.....	46
4.4	Konklusjon	46
5	Noen rettspolitiske konsekvensbetraktninger	47
6	Referanseliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e om opphør av flyktningstatus på grunn av endrede forhold i hjemlandet eller i flyktingens personlige liv.¹ Ordlyden til utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e er 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, eller...».

En utlending er en person som ikke er norsk statsborger.² Med flyktning menes en person som har en velbegrunnet frykt for forfølgelse av bestemte grunner eller som står i reell fare for overgrep, og som derfor har forlatt hjemlandet fordi det ikke evner å gi tilstrekkelig beskyttelse.³

Opphør av flyktningstatus betyr at flyktningstatusen trekkes tilbake av staten. Det innebærer at utlendingen mister sin rett til anerkjennelse som flyktning og sin rett til asyl.⁴ Utlendingen må som hovedregel returnere til hjemlandet, med mindre det foreligger omstendigheter i utlendingens situasjon som gir rett til oppholdstillatelse etter andre rettsgrunnlag.

Begrunnelsen må være at beskyttelsesbehovet er bortfalt, og det fastslås gjennom en to-delt vurdering. For det første må utlendingen oppfylle opphørsvilkåret i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e. Da anses årsaken til utlendingens flyktningstatus og asyl som bortfalt. For det andre må utlendingen falle utenfor definisjonen av flyktning i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a eller b. Da har ikke utlendingen rettskrav på asyl og krav på fortsatt beskyttelse av oppholdsstaten.

¹ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven eller utl).

² Jf. utl. § 5 første ledd.

³ Jf. utl. § 28 første ledd bokstav a og b.

⁴ Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utgave, Oslo 2018 s. 296.

Opphør av flyktningstatus må ikke blandes med kansellering og opphevelse av flyktningstatus. De sistnevnte reguleres av andre bestemmelser i utlendingsloven og knytter seg til andre årsaker enn at beskyttelsesbehovet er bortfalt.⁵

Problemstillingen oppgaven skal besvare, er om det kan forankres et forholdsmessighetsvilkår i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e. Det vil gjelde ved siden av de allerede eksisterende vilkårene for opphør, og pålegge forvaltningen å foreta en forholdsmessighetsvurdering av vedtakets innhold før de avgjør om flyktningstatusen skal opphøre. Er forholdsmessighetsvurderingen utelatt eller mangelfull, er det en feil som kan medføre ugyldighet såfremt den kan ha påvirket vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.⁶ Forholdsmessighetsvurderingen vil derfor skjerpe kravet til opphør av flyktningstatus fordi flere interesser må tas med i vurderingen.

Svaret på problemstillingen beror på rettskildematerialet som kan utledes av norske og internasjonale rettskilder gjennom en tolkningsanalyse av utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e. Det er gjeldende rett som søkes fastslått og oppgaven har derfor et rettsdogmatisk perspektiv.

1.2 Bakgrunn

Formålet med oppgaven er å få en avklaring på en pågående diskusjon i det norske rettsapparatet. De siste fire årene har problemstillingen flere ganger vært tema i underrettsavgjørelser, og uttalelsene har vært sprikende.⁷ Det har medført en uklar rettstilstand. Først i mars 2018 tok Høyesterett stilling til spørsmålet, og avgjørelsen presenteres nærmere i de følgende kapitler.⁸

Retts sakene skyldes myndighetenes økende arbeid med opphørssaker. Dette var en prioritet for utlendingsdirektoratet i 2017.⁹ Utl. § 37 første ledd bokstav e har tidligere vært beskjedent brukt og har derfor ikke vært gjenstand for særlig prøving. Under arbeidet med den nye utlendingsloven trodde lovgiver det ville forbli slik.¹⁰ Flyktningkrisen i 2015 endret imidlertid

⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 105.

⁶ Lov 10 februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven eller fvl).

⁷ LB-2016-10920, LB-2016-12981, LB-2016-105126 og LB-2016-111773.

⁸ HR-2018-572-A.

⁹ Justis- og beredskapsdepartementet (2016) *Tildelingsbrev til utlendingsdirektoratet*, 22.12.2016, s. 3 og 4. https://www.regjeringen.no/contentassets/23751a30c2a24f23ac8f646973dc9bf4/2017/Tildelingsbrev_UDI_2017.pdf (Lest 14.04.2018). (Utlendingsdirektoratet betegnes heretter som UDI).

¹⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 106.

dette utgangspunktet. Krisen medførte politiske innstramminger og regelendringer på innvandringsfeltet.¹¹ Asylforliket ble utarbeidet og oppfordret til en mer aktiv bruk av utl. § 37 første ledd bokstav e.¹² Det medførte søksmål om gyldigheten av vedtak om opphør av flyktningstatus, med varierende uttalelser om forholdsmessighetsvilkåret. I tillegg utga Justis- og beredskapsdepartementet i 2016 en instruks til utlendingsmyndighetene om ikke å foreta forholdsmessighetsvurderinger i saker etter utl. § 37 første ledd bokstav e.¹³ Dette viser behovet for en rettslig avklaring.

1.3 Metodiske spørsmål

Problemstillingen er et lovtolkningsspørsmål som vil besvares ved bruk av alminnelig juridisk metode.¹⁴ Både norske og internasjonale rettskilder tas i bruk. Det er utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e som er den sentrale bestemmelse i oppgaven og som skal analyseres.

Utlendingsretten er en del av forvaltningsretten og forvaltningspraksis utgjør en viktig rettskilde på rettsområdet. Oppgaven vil anvende instruksjer og interne meldinger for utlendingsdirektoratet. Instruksjer er overordnede føringer fra Justis- og beredskapsdepartementet om hvordan forvaltningen skal forholde seg til regler.¹⁵ Instruksjer har ikke rettskildemessig vekt i seg selv, men føringene de gir kan skape en fast forvaltningspraksis som kan tillegges vekt.¹⁶ Interne meldinger er interne saksbehandlingsrutiner for UDI som er bindende for saksbehandlerne.¹⁷ De gir uttrykk for fast praksis hos UDI.

Det er begrenset med Høyesterettspraksis vedrørende problemstillingen, og av den grunn vil uttalelser fra underrettspraksis brukes til å belyse standpunktene som har oppstått rundt problemstillingen. Underrettspraksis har begrenset rettskildemessig verdi.¹⁸

¹¹ Se Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger), Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II), og Prop. 149 L (2016-2017) Endringer i utlendingsloven mv. (videreføring av innstramminger mv.).

¹² Stortingsmøte 03.12.2015: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2015-2016/151203/2/#asylforlik> (Lest 06.04.2018).

¹³ Justis- og beredskapsdepartementet (2016) *GI-14/2016 Revidert instruks om tilbakekall av flyktningstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f*, 30.09.2016, punkt 4.1 (Lest 14.04.2018).

¹⁴ Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo 2001, s. 15 flg.

¹⁵ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014, s. 143.

¹⁶ Øyen (2018) s. 32.

¹⁷ Øyen (2018) s. 32.

¹⁸ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 162.

Internasjonale rettskilder har stor betydning i utlendingsretten. Dette følger av utl. § 3 som gjør loven sektormonistisk ved at internasjonal rett gjelder på lik linje med norske regler, med visse forbehold. Den påbyr at internasjonale regler, som Norge har forpliktet seg til, skal ha relevans og gjennomslagskraft i rettsspørsmål som er i utlendingens favør. Internasjonale rettskilder er av den grunn en viktig rettskilde for lovtolkningen av utl. § 37 første ledd bokstav e, og den sentrale rettskilden er flyktningkonvensjonen.¹⁹

Det er nødvendig å supplere tolkningsanalysen av utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e, med tolkninger om flyktningkonvensjonens opphørsklausul i artikkel 1 C nr. 5. Dette er fastslått av Høyesterett.²⁰ Utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e er en gjengivelse av konvensjonsbestemmelsen og i fremstillingen av det rettslige grunnlaget for opphør av flyktningstatus brukes disse derfor vekselvis om hverandre.

Dokumenter fra FNs høykommissær for flyktninger er en viktig rettskilde ved kartleggingen av flyktningkonvensjonen.²¹ UNHCR har ansvar for å påse at konvensjonspartene overholder konvensjonsforpliktelsene og fungerer som et tilsynsorgan.²² De har utarbeidet flere anbefalinger om hvordan flyktningkonvensjonens regler skal tolkes og praktiseres. For denne oppgaven er det UNHCR sin håndbok og retningslinjer om internasjonal beskyttelse som har størst betydning.²³ Anbefalingene regnes imidlertid som «soft law» noe som gjør at de ikke er folkerettslig bindende.²⁴ I norsk rett er de likevel forutsatt å ha stor vekt når flyktningkonvensjonen skal tolkes.²⁵

Andre internasjonale kilder som anvendes er Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 og Den europeiske unions statusdirektiv artikkel 11.²⁶ Ved tolkningen av EMK artikkel 8 er uttalelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol av sentral betydning da

¹⁹ United Nations, Convention relating to the Status of Refugees, 28.07.1951 og United Nations, Protocol Relating to the Status of Refugees, 31.01.1967 (flyktningkonvensjonen eller FK).

²⁰ HR-2018-572-A avsnitt 27 og Rt. 2010 s. 858 avsnitt 35.

²¹ Omtales heretter som UNHCR.

²² Jf. FK artikkel 35 nr. 1.

²³ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, desember 2011 (Håndboken) og UNHCR, *Guidelines on international protection: Cessation of Refugee Status under Article 1 C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses)*, 10. februar 2003 (Retningslinjene).

²⁴ Øyen (2018) s. 41.

²⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 73.

²⁶ United Nations, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, EMK) og Direktiv 2011/95/EU (Statusdirektivet).

domstolen har det avgjørende ordet om tolkningen av EMK.²⁷ Avgjørelsene har relevans i norsk rett for forståelsen av konvensjonen.²⁸

Norge er ikke bundet av EUs statusdirektiv, men direktivet har likevel fått relevans i norsk rett fordi det uttrykker EUs forståelse av flyktningkonvensjonen.²⁹ EU-domstolens uttalelser om direktivet er også nevnt av Høyesterett i tolkningen av FK artikkel 1 C nr. 5, senest i HR-2018-572-A avsnitt 29.

De internasjonale reglene blir tolket i henhold til retningslinjene fra Wien-konvensjonen artikkel 31-33.³⁰ Hovedregelen er at konvensjonen skal tolkes i god tro etter en naturlig språklig forståelse slik den kan forstås i sin kontekst og etter sitt formål.³¹ Ordlyd og formål er dermed de primære rettskildene ved traktattolkning. Øvrige rettskilder er subsidiære med et supplerende formål. Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men tolkningsreglene uttrykker folkerettslig sedvanerett.³²

1.4 Avgrensninger

Utl. § 37 har andre grunnlag for opphør av flyktningstatus i første ledd bokstav a-d og f. Disse vil ikke bli gjennomgått. De fire første grunnlagene skiller seg fra bokstav e og f, fordi de fordrer aktive og frivillige handlinger fra utlendingen selv. Det som gjør utl. § 37 første ledd bokstav e og f spesiell, er at endringer som er utenfor flyktingens kontroll og påvirkningsevne kan medføre opphør av flyktningstatus. Av den grunn er opphør av flyktningstatus etter utl. § 37 første ledd bokstav e og f mer alvorlig og inngripende. Utl. § 37 første ledd bokstav f gjelder statsløse personer, men vurderingen for øvrig vil være sammenfallende med vurderingen som gjøres etter bokstav e. Det fokuseres derfor bare på utl. § 37 første ledd bokstav e.

Oppgaven vil se på forholdet mellom utl. § 37 første ledd bokstav e og EMK artikkel 8. Det vil kun fokuseres på om saker etter utl. § 37 første ledd bokstav e faller inn under EMK artikkel 8, og ikke foretas en redegjørelse av det materielle innholdet i EMK artikkel 8 nr.

²⁷ Rt. 2000 s. 996 s. 1007 og Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015, s. 43. Domstolen betegnes heretter som EMD.

²⁸ Aall (2015) s. 106-107.

²⁹ Øyen (2018) s. 37 og s. 396.

³⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23.05.1969 (wien-konvensjonen).

³¹ Jf. wien-konvensjonen art. 31 nr. 1.

³² Rt. 2010 s. 858 avsnitt 38.

2. Det sentrale er at det følger en forholdsmessighetsvurdering etter EMK artikkel 8 nr. 2 og at den kommer til anvendelse dersom det foreligger et inngrep etter konvensjonen.

1.5 Fremstillingen videre

Hvem som omfattes av opphørsreglene presenteres i kapittel 2. Vurderingen av om utl. § 37 første ledd bokstav e oppstiller et forholdsmessighetsvilkår drøftes i kapittel 4. Dette er et lovtolkningsspørsmål med et avgrenset fokus. Av den grunn redegjøres det for bestemmelsen i sin helhet i kapittel 3 der de øvrige vilkår som det er klart at eksisterer presenteres. Med bakgrunnskunnskap om bestemmelsen får man en helhetlig forståelse av bestemmelsen og kan lettere sette seg inn i forholdsmessighetsproblematikken. Selv om rettskildene peker i en retning, er det ikke nødvendigvis at det er den beste regelen. Dette diskuteres i et rettspolitisk perspektiv i kapittel 5.

2 Retten til flyktningstatus

2.1 Innledning

Etter FNs verdenserklæring om menneskerettigheter artikkel 14, har alle mennesker en rett til å søke om beskyttelse hos andre land, når de lever i utrygge områder der sikkerhet og liv står i fare.³³ Dette anses i dag å være folkerettslig sedvanerett.³⁴ Det eksisterer derimot ingen folkerettslige regler som forplikter staten å innfri søknaden fra søkeren. Asyl er ingen menneskerettighet, og retten til beskyttelse er derfor betinget av at stater velger å ha interne regelverk som åpner for asylbehandling, og at de innvilger asyl i den enkelte situasjon.³⁵

I Norge er retten til asyl etablert i utl. § 28 andre ledd. For å få asyl er det et absolutt krav om å bli anerkjent som flyktning etter de rettslige vilkårene i utl. § 28 første ledd bokstav a eller bokstav b.

Retten til asyl bortfaller når utlendingen ikke anerkjennes som flyktning lengre. Det bestemmes gjennom opphørsvurderingen etter utl. § 37 første ledd bokstav e og ved at flyktningen ikke oppfyller vilkårene for flyktningstatus etter utl. § 28 første ledd bokstav a eller bokstav b. Dette kapittelet skal derfor redegjøre for hvordan man får status som flyktning og rett til asyl. I punkt 2.2 diskuteres hvem som får status som flyktning og i punkt 2.3

³³ Universal Declaration of Human Rights, 10.12.1948.

³⁴ Øyen (2018) s. 175.

³⁵ Øyen (2018) s. 175.

redegjøres det for hvilken oppholdstillatelse med påfølgende rettigheter man får som flyktning.

2.2 Hvem får status som flyktning?

Det er to rettsgrunnlag for å oppnå flyktningstatus i Norge. Utlendingen må omfattes av vilkårene i utl. § 28 første ledd bokstav a eller bokstav b. Et felles krav for begge rettsgrunnlagene er at det kreves at utlendingen må oppholde seg i Norge eller på norsk landegrense på søknadstidspunktet, jf. utl. § 28 første ledd.

Ordlyden til utl. § 28 første ledd er tydelig om at utlendingen «skal» anerkjennes som flyktning dersom vilkårene er oppfylt, og at flyktningen da har «rett til» asyl, jf. utl. § 28 andre ledd. I disse tilfellene har flyktningen rettskrav på å få asyl. Det er dermed ikke noe skjønnsmessig handlerom for utlendingsmyndighetene til å bestemme om de skal innvilge asyl, eksempelvis ved å avslå asylsøknaden grunnet innvandringsregulerende hensyn.

2.2.1 Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a

Etter utl. § 28 første ledd bokstav a, skal en utlending få status som flyktning hvis vedkommende:

«a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse»

Bestemmelsen tilsvarer definisjonen av flyktning slik den er definert i FK artikkel 1 A, og er det primære rettsgrunnlaget for å få asyl i Norge. Det er dermed fem kumulative vilkår for å få flyktningstatus etter utl. § 28 første ledd bokstav a, som kan sammenfattes slik: (1) i Norge eller på norsk grense (2) velbegrunnet frykt (3) frykt for forfølgelse (4) forfølgelsen må ha sammenheng med bestemte grunner og (5) hjemlandets myndigheter mangler evne eller vilje til å gi beskyttelse. Helt enkelt kan man si at utlendingen må ha et reelt beskyttelsesbehov på grunn av frykt for forfølgelse.

Det vil ikke foretas en nærmere redegjørelse av hvert enkelt vilkår da det faller utenfor oppgavens tema.

2.2.2 Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b

Norge har også et subsidiært rettsgrunnlag for anerkjennelse som flyktning. Det innebærer en utvidet definisjon av flyktningbegrepet i utl. § 28 bokstav a og FK artikkel 1 A.³⁶

Definisjonen fremgår av utl. § 28 første ledd bokstav b og omfatter utlendinger som «(...)står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet». Dermed er en utlending som er i reell fare for overgrepshandlinger ved tilbakekomst til hjemlandet, også en flyktning i rettslig forstand.

Årsaken til faren er uvesentlig og det er heller ikke noe krav om sammenheng mellom faren og subjektive sider ved flyktningen.³⁷ Bestemmelsen er særlig aktuell for krigsflyktninger som har rømt fra et krigsherjet område av andre forfølgelsesgrunner enn de som er opplistet i flyktningkonvensjonen, og for utlendinger som risikerer menneskerettsstridig straff i hjemlandet.³⁸

Den utvidede flyktningdefinisjonen medfører at Norges asylregelverk favner et større antall utlendinger enn hva som kreves av flyktningkonvensjonen. Begrunnelsen bak det subsidiære rettsgrunnlaget er for det første å fange opp tilfellene der Norge er folkerettslig forpliktet av andre konvensjoner enn flyktningkonvensjonen til å gi beskyttelse, eksempelvis etter EMK.³⁹ For det andre er den resultatet av et ønske om å synliggjøre skillet mellom Norges folkerettslige forpliktelser og tilfellene der Norge gir opphold etter en skjønnsmessig vurdering av humanitære hensyn etter utl. § 38.⁴⁰

2.3 Hvilken oppholdstillatelse får man som flyktning?

Som anerkjent flyktning med innvilget asyl etter utl. § 28, har flyktningen rett til en formell oppholdstillatelse i henhold til de allmenne reglene om oppholdstillatelse i utlendingsloven kapittel 7 og utlendingsforskriften kapittel 10.⁴¹

³⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72.

³⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

³⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 414.

³⁹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 15.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72.

⁴¹ Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften, utlf).

Etter utl. § 60 første ledd og utlf. § 10-13 får asylsøkere en midlertidig oppholdstillatelse for minst ett år i inntil tre år. Vanlig praksis er at oppholdstillatelsen gis med varighet for tre år.⁴² Flyktninger erverver derfor en tidsbegrenset oppholdstillatelse, men den skal som hovedregel fornyes ved utløpstiden med mindre det foreligger opphørsgrunner, jf. utl. § 61 andre ledd. Opphørsgrunnene kommer jeg tilbake til i kapittel 3.

Den midlertidige oppholdstillatelsen danner også grunnlag for innvilgelse av permanent oppholdstillatelse, jf. utl. § 60 tredje ledd bokstav d, som er en tidsubegrenset oppholdstillatelse. For disse tillatelsene gjelder det egne regler om tilbakekall i utl. § 63.

En midlertidig oppholdstillatelse gir flyktingen flere rettigheter. For det første får flyktingen en rett til å bosette seg i Norge for en tidsbegrenset periode, jf. utl. § 60 tredje ledd bokstav a. Flyktingen kan reise inn og ut fra Norge så lenge utenlandsoppholdene ikke strekker seg lengre enn maksimalt seks måneder alene eller til sammen.⁴³

For det andre får flyktingen rett til å ta arbeid, jf. utl. § 50 tredje ledd bokstav b. Det følger også visse trygderettigheter.⁴⁴

Til sist får flyktingen også noen forpliktelser. For nyankomne flyktninger mellom 18 og 55 år som er bosatt i en norsk kommune med «(...)behov for grunnleggende kvalifisering», medfører den midlertidige oppholdstillatelsen både en rett og plikt til deltakelse i introduksjonsprogram, jf. introduksjonsloven § 2 første ledd bokstav a.⁴⁵

For flyktninger mellom 16 og 67 år foreligger det en rett, og som hovedregel en plikt, til å delta i opplæring i norsk og samfunnskunnskap, jf. introduksjonsloven. § 17.

Av dette ser man at rettighetene og forpliktelsene flyktingen pålegges etter innvilgelse av asyl er viktige bidrag for å integrere flyktingen i samfunnet. Likevel må man ikke glemme at oppholdstillatelsen er av midlertidig karakter. Man blir anerkjent som flykting fordi det har oppstått et behov for beskyttelse som er så akutt at utlendingen må få beskyttelse i et trygt land. Oppholdstillatelsen knytter seg til det faktiske grunnlaget for beskyttelse og hovedformålet med tillatelsen er å gi beskyttelse til mennesker med et slikt behov. Det får

⁴² Øyen (2018) s. 174.

⁴³ Prop. 90 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven mv. (innstramminger II) punkt 8.2.3.

⁴⁴ Se eksempelvis Lov 29. februar 1997 nr. 19 om folketrygd § 12-2.

⁴⁵ Lov 4. juli 2003 nr. 80 om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne innvandrere (introduksjonsloven).

også den konsekvens at oppholdet i utgangspunktet skal opphøre når beskyttelsesbehovet ikke lengre er til stede. Det er derfor ingen optimal løsning at flyktingen integreres i samfunnet for så å bli tvunget vekk fra det etablerte liv. Imidlertid vil ikke en oppholdstillatelse uten noen form for integrering nødvendigvis være et bedre alternativ, fordi man aldri vet hvor lenge beskyttelsesbehovet er til stede.

3 Opphør av flyktingstatus

3.1 Innledning

Etter det folkerettslige prinsippet om surrogatbeskyttelse er staten bare bundet til å gi beskyttelse til personer som ikke kan leve trygt i hjemlandet sitt.⁴⁶ Opphør av flyktingstatus er et utslag av dette prinsippet.⁴⁷ Da opphører utlendingens rettslige status som flykting fordi utlendingen kan leve trygt i hjemlandet sitt. Opphøret må være begrunnet i at utlendingen oppfyller vilkårene for opphør av flyktingstatus, og at utlendingen ikke har krav på fortsatt beskyttelse ved å oppfylle flyktingdefinisjonen av andre grunner.

Opphøret har virkning fremover i tid.⁴⁸ Det betyr at utlendingen har hatt lovlig opphold i oppholdslandet frem til vedtaksdatoen for opphøret, og innebærer at utlendingen kan ha rett til opphold på andre grunnlag, eksempelvis ved å ha oppholdt seg så lenge i Norge at vilkårene for permanent oppholdstillatelse er oppfylt.

I dette kapittelet vil det bli redegjort for saksbehandlingen for vedtak om opphør av flyktingstatus og det rettslige grunnlaget for å kunne vedta opphør av flyktingstatus.

3.2 Kort om saksbehandlingen i vedtak om opphør av flyktingstatus

Det er UDI og politiet som saksforbereder potensielle opphørssaker.⁴⁹ UDI fatter vedtak om opphør, og UNE er overordnet klageorgan med overprøvingsrett.⁵⁰

⁴⁶ Øyen (2018) s. 296.

⁴⁷ Øyen (2018) s. 296.

⁴⁸ Utlendingsdirektoratet (2017) *IM 2017-003 UDIs oppgaver i tilbakekallssaker*, 20.08.2017 punkt 6.6.3. Se UDIs internettside: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-interne-meldinger/im-2017-003/> (Lest 14.04.2018).

⁴⁹ IM 2017-003 punkt 1.2 jf. punkt 1.9.

⁵⁰ Jf. utl. § 76 første ledd jf. IM 2017-003 punkt 1.4 jf. punkt 8.

UDI skal vurdere om utlendingen er kvalifisert for opphør ved bestemte søknader fra utlendingen og ved nye dokumenter fra utlendingen om vedkommende sin identitet.⁵¹ Får UDI opplysninger på andre måter, og disse gir mistanke om at opphør kan være aktuelt, kan UDI påbegynne en nærmere vurdering av utlendingen.⁵²

Et vedtak om opphør av flyktningstatus er et enkeltvedtak.⁵³ Utlendingen har rett til å uttale seg om saken før vedtak treffes.⁵⁴ Vedtaket kan påklages innen tre uker etter utlendingen fikk kunnskap om vedtaket.⁵⁵ Det skal som hovedregel være skriftlig begrunnet med både de rettslige og faktiske forhold som har vært avgjørende i saken, samt de relevante hensyn som har vært avveid i vurderingen.⁵⁶

3.3 Det rettslige grunnlaget for opphør av flyktningstatus

Opphør av flyktningstatus på grunn av at omstendighetene som ga grunnlag for anerkjennelse som flyktning har opphørt å eksistere, har både et internasjonalt og et nasjonalt rettsgrunnlag. Internasjonalt er det hjemlet i FK artikkel 1 C nr. 5 og nasjonalt er det forankret i utl. § 37 første ledd bokstav e.

Norges opphørsregel bygger på FK artikkel 1 C nr. 5, og konvensjonsteksten er oversatt og gjengitt i utl. § 37 første ledd bokstav e.⁵⁷ Det er også sikker rett at opphør av flyktningstatus etter utl. § 37 første ledd bokstav e, bare kan vedtas dersom ett av vilkårene i FK artikkel 1 C nr. 5 er oppfylt.⁵⁸ Det ble senest bekreftet i HR-2018-572-A, hvor førstvoterende «(...)legger til grunn at vilkårene i § 37 første ledd bokstav e skal forstås på samme måte som vilkårene i konvensjonen artikkel 1C nr. 5...».⁵⁹ Dette innebærer at tolkninger vedrørende FK artikkel 1 C nr. 5 må legges til grunn for forståelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e. Norge er også forpliktet til en slik anvendelse etter utl. § 3. Ordlyden og uttalelser vedrørende forståelsen av FK artikkel 1 C nr. 5 er derfor sentrale kilder for forståelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e.

I det følgende vil derfor rettsanvendelsen av FK artikkel 1 C nr. 5 være en førende kilde for forståelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e. Det vil først redegjøres for noen rettslige

⁵¹ IM 2017-003 punkt 2.2.

⁵² IM 2017-003 punkt 2.2 og 2.4.

⁵³ Jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b.

⁵⁴ Jf. utl. § 81 første ledd.

⁵⁵ Jf. fvl. § 29 første ledd.

⁵⁶ Jf. fvl. § 25.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 105.

⁵⁸ Rt. 2010 s. 858 avsnitt 35.

⁵⁹ HR-2018-572-A avsnitt 27.

utgangspunkter for anvendelsen av opphørsbestemmelsene, og deretter vil det materielle innholdet i vilkåret for opphør av flyktningstatus gjennomgå. FK artikkel 1 C nr. 5 vil omtales som «opphearsklusulen». Avslutningsvis vil relevante forskjeller mellom FK artikkel 1 C nr. 5 og utl. § 37 første ledd bokstav e kort påpekes.

3.3.1 Noen utgangspunkter

Opphearsklusulen kan anvendes på grupper av flyktninger, men det skal foretas individuelle vurderinger av hver enkelt flyktning.⁶⁰ Retten til individuell vurdering er til gunst for utlendingen, og må av den grunn anses gjeldende også i anvendelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e.

Vilkårene i opphearsklusulen er uttømmende og det er en høy terskel for oppfyllelse.⁶¹ Det er ikke adgang til å supplere vilkårene med andre grunner til opphør enn de som kan leses ut av konvensjonsteksten. UNHCR har også anbefalt at bestemmelsen underlegges en restriktiv tolkning.⁶² Det er staten som har bevisbyrden for at beskyttelsesbehovet er bortfalt og UNHCR oppstiller krav om at staten må «make sure» at årsaken til flyktningens beskyttelsesbehov er bortfalt.⁶³ Det skal gjøres gjennom en objektiv og etterprøvable vurdering.⁶⁴

Staten må dermed forsikre at det er trygt å returnere flyktningen til hjemlandet, og med det har UNHCR oppstilt en høy terskel for at opphearsklusulen anses oppfylt. Det tilsier at usikkerhet og tvil om tryggheten i flyktningens hjemland ikke oppfyller terskelen for opphør.

Uttalelsene fra UNHCR gjelder anvendelsen av vilkåret i FK artikkel 1 C nr. 5, og må av den grunn anses gjeldende også for anvendelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e.

Det er også slik at beslutninger om opphør av flyktningstatus alltid må anvendes i samspill med flyktningdefinisjonen i FK artikkel 1 A.⁶⁵ Ordlyden i opphearsklusulen gir ikke inntrykk av at det er nødvendig, jf. formuleringen «shall», som heller tilsier at flyktningstatusen skal opphøre straks vilkåret i opphearsklusulen er oppfylt. En slik anvendelse vil imidlertid

⁶⁰ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 side 504 og UNHCR, Retningslinjene avsnitt 18.

⁶¹ UNHCR, Håndboken avsnitt 116.

⁶² UNHCR, Håndboken avsnitt 116.

⁶³ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 25.

⁶⁴ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 25.

⁶⁵ Einarsen (2000) s. 505-506.

harmonere dårlig med formålet bak opphørsklausulen, som er å verne utlendinger med et reelt behov for beskyttelse, og ordlyden må derfor tolkes i tråd med formålet, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31.nr. 1.⁶⁶ Da får FK artikkel 1 A også relevans fordi den definerer hvem som har et reelt behov for beskyttelse. Det betyr at utlendinger som oppfyller flyktningdefinisjonen ikke kan få sin flyktningstatus opphørt. Dette er den såkalte «dobbelgarantien».⁶⁷ Er opphørsvilkåret oppfylt samtidig som flyktningen fortsatt oppfyller flyktningdefinisjonen, er flyktningen i alle tilfeller vernet mot opphør. Det kan eksempelvis være aktuelt dersom forholdene som ga flyktningstatus i første omgang er bortfalt, men at det har oppstått andre omstendigheter som gjør at flyktningen anses å ha et fortsatt beskyttelsesbehov. Opphørsbestemmelsen fungerer dermed ikke alene.

Som påpekt i kapittel 2 har Norge en flyktningdefinisjon som strekker seg utover definisjonen av flyktning i flyktningkonvensjonen. Det betyr at utl. § 37 første ledd bokstav e må anvendes i samspill også med den utvidede flyktningdefinisjonen i utl. § 28 første ledd bokstav b.

Av dette ser vi at det skal mye til for å oppfylle vilkårene for opphør av flyktningstatus etter utl. § 37 første ledd bokstav e, jf. FK artikkel 1 C nr. 5. I det følgende vil vilkårene for opphør gjennomgås.

3.3.2 Vilkårene for opphør av flyktningstatus

Vilkårene for opphør av flyktningstatus er at det har skjedd endringer i forholdene som ga grunnlag for anerkjennelse som flyktning.⁶⁸ Det innebærer at det må ha skjedd en eller flere endringer som gjør det trygt for flyktningen å returnere til hjemlandet.

Ordlyden begrenser seg til de forholdene som hadde årsakssammenheng med grunnlaget for flyktningstatus, jf. formuleringen «(...)forholdene som førte til at utlendingen ble anerkjent som flyktning...», i utl. § 37 første ledd bokstav e jf. FK artikkel 1 C nr. 5.

Forarbeidene nevner bare endringer i forholdene i utlendingens hjemland, men uttaler ikke noe om at det er et absolutt krav.⁶⁹

UNHCR synes å forutsette at det er generelle endringer av forholdene i hjemlandet som tilsiktes. Det er kun endringer i omstendighetene i hjemlandet til flyktningen som nevnes i

⁶⁶ Einarsen (2000) s. 505-506.

⁶⁷ Einarsen (2000) s. 505-506.

⁶⁸ Jf. utl. § 37 første ledd bokstav e og HR-2018-572-A avsnitt 28.

⁶⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 106.

håndboken og i retningslinjene, slik som regimeendringer.⁷⁰ Det kan indikere at omstendighetene er ment avgrenset til generelle endringer i hjemlandet, og det kan bety at UNHCR har valgt å fokusere på generelle endringer i hjemlandet, men at de også anser andre omstendigheter som relevante. En siste forståelse er at UNHCR mener generelle endringer i hjemlandet er en nødvendig forutsetning når asyl er innvilget, uavhengig av om andre omstendigheter som ga grunnlag for beskyttelse har opphørt. Einarsen synes å mene at UNHCR har tilsiktet at det i alle tilfeller må foreligge generelle endringer i hjemlandet.⁷¹

Det har vært en diskusjon i Norge om også endringer av individuelle forhold ved utlendingen omfattes av opphørsregelen. Spørsmålet var om individuelle forhold ved utlendingen alene kan gi grunnlag for opphør, eller om det i tillegg også må foreligge generelle endringer i hjemlandet.

Høyesterett tok stilling til spørsmålet i Rt. 2010 s. 858 og konkluderte med at individuelle forhold er et «forhold» som kan være en selvstendig opphørsgrunn. Saken gjaldt en homofil kvinne fra Iran som fikk asyl i Norge grunnet sin legning. Senere giftet hun seg med en mann, noe som medførte at hun fikk sin flyktningstatus opphørt. Høyesterett mente en utelukkelse av individuelle forhold ved utlendingen innebar en innskrenkende tolkning av ordlyden i opphørsklausulen, noe som ikke var i tråd med wien-konvensjonen artikkel 31. Det kunne ikke utledes av ordlyden til FK artikkel 1 C nr. 5 at individuelle endringer hos utlendingen ikke var et «forhold».⁷²

Videre fastholdte Høyesterett at også formålet om å gi reell beskyttelse til de som trenger det, tilsa at endringer hos utlendingen som medfører at beskyttelsesbehovet er bortfalt burde inkluderes i opphørsklausulen.⁷³ Konklusjonen tilsluttes også av Høyesterett i HR-2018-572-A.⁷⁴

Norges tolkning av FK artikkel 1 C nr. 5 er dermed at både generelle forhold i hjemlandet og individuelle forhold ved utlendingen er omstendigheter som kan medføre opphør av

⁷⁰ UNHCR, Håndboken Part One Chapter III – Cessation Clauses og UNHCR, Retningslinjene.

⁷¹ Einarsen (2015) «Kommentar til utl. § 37 første ledd bokstav e», i *Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata* (14.04.2018).

⁷² Rt. 2010 s. 858 avsnitt 39.

⁷³ Rt. 2010 s. 858 avsnitt 41-43.

⁷⁴ HR-2018-572-A avsnitt 31.

flyktningstatus. Det betyr at også individuelle forhold er en endring som kan begrunne opphør etter utl. § 37 første ledd bokstav e.

Endringen i forholdene må videre vurderes etter tre sentrale krav. Er ikke kravene tilfredsstillt, foreligger det ikke en «endring» i henhold til opphørsbestemmelsene.

De to første kravene er at endringen må være vesentlig og stabil.⁷⁵ Poenget er at endringen må være av en slik art at flyktningen fortsatt ikke har en velbegrunnet frykt for å oppholde seg i hjemlandet. Den må medføre at flyktningen kan nyte beskyttelse i hjemlandet igjen.⁷⁶

Både den generelle menneskerettslige situasjonen i hjemlandet og den konkrete omstendigheten som ga utlendingen flyktningstatus må vurderes.⁷⁷ I vurderingen kan alle relevante faktorer tas i betraktning.⁷⁸ Den konkrete omstendigheten som medførte flyktningstatus er mest sentral i vurderingen.⁷⁹ Har det skjedd en grunnleggende endring i den menneskerettslige situasjonen i hjemlandet, er ikke det tilstrekkelig så lenge den konkrete omstendigheten som ga utlendingen flyktningstatus fortsatt eksisterer. Videre hjelper det ikke at det har skjedd store endringer i hjemlandet, dersom de ikke vil vedvare. Endringen må derfor ha en viss varig og stabil karakter.⁸⁰

Det tredje kravet er at hjemlandet for øvrig har en nasjonal myndighetsstruktur som ivaretar flyktningens menneskerettslige rettigheter, og gir flyktningen god nok beskyttelse.⁸¹

Endringen må derfor medføre at utlendingen ikke kan motsette seg hjemlandsbeskyttelsen.⁸²

Også her må det ses helhetlig på den generelle menneskerettslige situasjonen i hjemlandet.⁸³

Om det er etablert demokrati i hjemlandet er eksempelvis veiledende for om det er sannsynlig at flyktningens rettigheter vil bli ivaretatt.⁸⁴

Det er dermed ganske strenge krav for at forholdene skal regnes som endret. Hensikten er nok å forhindre for tidlig opphør av flyktningstatus, noe som ville vært uheldig.

⁷⁵ HR-2018-572-A avsnitt 39 og 41.

⁷⁶ HR-2018-572-A avsnitt 39.

⁷⁷ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 10-14.

⁷⁸ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 11.

⁷⁹ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 11.

⁸⁰ HR-2018-572-A avsnitt 39 og UNHCR, Retningslinjene avsnitt 13-14.

⁸¹ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 15.

⁸² HR-2018-572-A avsnitt 28.

⁸³ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 16.

⁸⁴ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 16.

Oppsummert må det dermed ha oppstått vesentlige og stabile endringer i hjemlandet til flyktingen eller i flyktingens personlige liv som har opphørt forfølgelsesfaren, og hjemlandet må være i stand til å gi flyktingen beskyttelse ved behov.

3.3.2.1 Unntak

Selv om opphørsbestemmelsens vilkår er oppfylt og flyktingen ikke omfattes av FK artikkel 1 A, finnes det også et unntak i utl. § 37 andre ledd. Innholdsmessig er formuleringen ment å samsvare med tilsvarende unntaksvilkår i FK artikkel 1 C nr. 5.⁸⁵ Dersom utlendingen har «tvingende grunner» for å bli værende i oppholdslandet skal ikke opphør finne sted.⁸⁶

Etter ordlyden i opphørsklausulen gjelder unntaket bare for flyktinger etter FK artikkel 1 A punkt 2. I praksis er det imidlertid lagt en utvidende tolkning til grunn, slik at unntaksadgangen gjelder for alle flyktinger etter FK artikkel 1 A.⁸⁷ For Norges del vil unntaksvilkåret omfatte alle som regnes som flyktinger etter utl. § 28 første ledd bokstav a og bokstav b.

De tvingende grunnene må knytte seg til forfølgelsen som ga beskyttelsesbehov i første omgang, jf. formuleringen «i forbindelse med tidligere forfølgelse...».⁸⁸ Hensikten er å fange opp tilfellene der det vil være høyst traumatisk for flyktingen å returnere til hjemlandet.⁸⁹ Det kan eksempelvis gjelde personer som i hjemlandet har vært urettmessig fengslet eller som har overlevd eller vært vitne til alvorlige voldshandlinger.⁹⁰

3.3.3 Relevante forskjeller

Den største forskjellen mellom opphørsklausulen og utl. § 37 første ledd bokstav e, synes å være at flyktingstatus «kan» opphøre etter utl. § 37 første ledd bokstav e, mens flyktingstatusen «skal» opphøre etter FK artikkel 1 C nr. 5. Norge har praksis om at det må fattes et selvstendig vedtak om opphør av flyktingstatus, selv om utlendingen oppfyller vilkårene i opphørsbestemmelsen.⁹¹ Ordlyden er således blitt mer gunstig for flyktingens del. Det kan derfor være situasjoner der utlendingen folkerettslig sett ikke regnes som flykting

⁸⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 106.

⁸⁶ Jf. utl. § 37 andre ledd.

⁸⁷ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 21.

⁸⁸ Jf. utl. § 37 andre ledd.

⁸⁹ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 20 og UNHCR, Håndboken avsnitt 136.

⁹⁰ UNHCR, Retningslinjene avsnitt 20.

⁹¹ NOU 2004: 20 avsnitt 6.9.6.

lengre, men likevel har flyktningstatus nasjonalt fordi det ikke er fattet vedtak om opphør. På den måten nyter flyktingen et større vern enn hva som kreves av flyktningkonvensjonen.

En annen viktig forskjell er at personlige forhold omfattes av utl. § 37 første ledd bokstav e. Om dette også gjelder for FK artikkel 1 bokstav C nr. 5, er uavklart.

4 Skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering i saker om opphør av flyktningstatus?

4.1 Innledning

I det følgende er problemstillingen om det gjelder et forholdsmessighetskrav etter utl. § 37 første ledd bokstav e. Da må utlendingsmyndighetene foreta en forholdsmessighetsvurdering ved vedtak om opphør av flyktningstatus. Kan et slikt vilkår innfortolkes, vil vedtak om opphør av flyktningstatus i utgangspunktet være ugyldig såfremt ikke forholdsmessighet er vurdert og det kan ha påvirket vedtakets innhold, jf. fvl. § 41.

Før det tas stilling til om det kan innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i utl. § 37 første ledd bokstav e, er det hensiktsmessig å redegjøre for hva et slikt vilkår vil bestå av, og hvilken virkning det vil få.

I norsk rett er det ingen ensidig og bestemt definisjon av hva et krav om forholdsmessighet innebærer. Dette bidrar til å gjøre begrepet og dets innhold mer uklart.

I EU-retten består forholdsmessighetsvurderingen av en egnethetsvurdering, en nødvendighetsvurdering og en avveiningsvurdering.⁹² De to første vurderingene beskrives som mål- og middelvurderingene, og omhandler forholdet mellom inngrepet og målet som ønskes oppnådd.⁹³ Den siste vurderingen er en vurdering av de motstridende interesser ved inngrepet og fokuserer på fordelene og ulempene.⁹⁴ Etter EMK er beskrivelsen av forholdsmessighetsvurderingen noe løsere, men den kan forklares som en konkret avveining mellom individets og samfunnets interesser, der resultatet må være innenfor det som er nødvendig og forholdsmessig.⁹⁵

⁹² Tor-Inge Harbo, «Forholdsmessighet i kontekst», *Lov og rett*, 2015 s. 513-535 (s. 514).

⁹³ Harbo (2015) s. 514.

⁹⁴ Harbo (2015) s. 514 og 522.

⁹⁵ Aall (2015) s.154.

Forholdsmessighet kan derfor beskrives som en mål- og middelvurdering, ved at det må være et rettferdig forhold mellom inngrepet som er gjort og målet som søkes oppnådd ved inngrepet. Det kan også beskrives som en ren avveiningsvurdering om at det må være forholdsmessighet mellom de motstridende interesser av inngrepet.

Hva gjelder opphør av flyktningstatus er det avveiningsvurderingen som vil være mest aktuell. Dette fordi vedtaket medfører interessemotsetninger, ved at utlendingens situasjon og behov i oppholdslandet kommer i konflikt med statens behov for innvandringsreguleringer. Da må det foretas en avveining mellom opphøret og interessene som berøres av det. Aktuelle problemstillinger kan være om det er forholdsmessig å opphøre flyktningstatusen når utlendingen må forlate familien sin eller om det er forholdsmessig å opphøre flyktningstatusen når utlendingen er integrert med jobb og et sosialt nettverk. Harbo mener også at avveiningsvurderingen er mest hensiktsmessig å anvende i utlendingssaker av en slik art.⁹⁶

Forholdsmessighetsvurderingen vil fungere som et krav til innholdet i forvaltningens skjønnsmessige utøvelse, og kreve at forvaltningen vurderer om avgjørelsen er forholdsmessig. Den vil med andre ord fungere som en skranke for forvaltningens skjønnsutøvelse. For de berørte kan den oppleves som en rettssikkerhetsgaranti, da den kan medføre at domstolen kan overprøve om det er foretatt en forholdsmessighetsvurdering og de faktiske avveiningene som er gjort. Domstolens prøvingsrett er det aktuelt å se nærmere på dersom utl. § 37 første ledd bokstav oppstiller en forholdsmessighetsvurdering. Det vil føre for langt å se nærmere på dette i denne oppgaven.

I det følgende skal det foretas en tolkning av utlendingslovens § 37 første ledd bokstav e med relevante rettskilder for å kunne besvare problemstillingen. I punkt 4.2 vurderes de norske rettskildene, og i punkt 4.3 er det de relevante internasjonale rettskildene som vurderes. Det foretas delkonklusjoner, men endelig konklusjon presenteres i punkt 4.4.

⁹⁶ Harbo (2015) s. 522.

4.2 Kan det innfortolkes et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e etter norsk rett?

4.2.1 Lovens ordlyd

Ordlyden i utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e er det primære utgangspunkt for å finne ut om det kan innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i bestemmelsen. Ordlyden sier følgende:

«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, eller...».

Det oppstilles ikke et uttrykkelig vilkår om forholdsmessighet i lovteksten. Til sammenlikning er ordlyden i utl. § 70 første ledd tydelig på at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering ved anvendelse av bestemmelsen, jf. formuleringen:

«En utlending kan ikke utvises dersom det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene».

Det indikerer at lovgiver har vært forholdsmessighet bevisst ved utformingen av utlendingsloven. Hvorfor det er valgt forholdsmessighet i lovteksten for utvisningssaker og ikke for opphørssaker, kommer jeg tilbake til i punkt 4.2.4 om utlendingslovens system. At lovteksten er taus om en forholdsmessighetsvurdering tyder på at lovgiver har tatt et bevisst valg om at det ikke er ønskelig med en forholdsmessighetsvurdering.

Samtidig er utl. § 37 første ledd bokstav e en «kan»-bestemmelse. Det er et flertydig ord som åpner for ulike tolkninger, noe som gir grunn til å se nærmere på om det åpner for en innfortolkning av et forholdsmessighetsvilkår. Siden «kan»-ordet er plassert i utl. § 37 første ledd, vil det som utledes om ordet måtte gjelde for utl. § 37 i sin helhet.

Eckhoff har to forståelser av «kan»-ordet i rettslig betydning. Det kan bety «ha frihet til» og det kan bety «ha kompetanse (evne eller makt) til».⁹⁷ Det er bestemmelsens språklige sammenheng som gir svar på hvilken forståelse som skal legges til grunn i den aktuelle bestemmelsen.⁹⁸

Leses utl. § 37 første ledd bokstav e i sin helhet tilsier «kan»-ordet at utlendingsmyndighetene har mulighet til å opphøre flyktningstatus dersom vilkåret er oppfylt. Da er det naturlig å forstå «kan»-ordet i utl. § 37 første ledd bokstav e som en kompetansehjemmel. En slik forståelse samsvarer med departementets uttalelser i forarbeidene til utl. § 37 første ledd bokstav e, der de uttaler «(...)at det på samme måte som i dag, må anses lite aktuelt med aktiv bruk av muligheten for å tilbakekalle status».⁹⁹ «Kan»-ordet viser at myndighetene er gitt et skjønn til å vurdere opphør på egenhånd og forutsetter en rettsakt fra myndighetenes side.

Den skjønnsmessige kompetansen medfører at utlendingsmyndighetene må ta stilling til om de synes det er riktig å opphøre flyktningstatus i det enkelte tilfelle. Det kan derfor hevdes at denne vurderingen i realiteten blir som en forholdsmessighetsvurdering. Dette fordi utlendingsmyndighetene må se på hensynet til den berørte opp mot behovet for opphør av flyktningstatus, for så å bestemme om de skal fatte vedtak i den enkelte sak eller ikke. Når vurderingen likevel foretas, bør den oppstilles uttrykkelig slik at det er mulig å få forholdsmessighetsvurderingen prøvd av domstolen. Denne slutningen er likevel rettskildemessig tynn og fordrer en vidtrekkende tolkning av ordet «kan». Når ordlyden for øvrig ikke indikerer en forholdsmessighetsvurdering kan ikke den sistnevnte tolkningen være avgjørende. Det er nødvendig å se hen til andre rettskilder og hva som kan utledes av disse.

Oppsummert indikerer den tause ordlyden at det ikke er tilsiktet et forholdsmessighetsvilkår etter utl. § 37 første ledd bokstav e. Det kan imidlertid påstås at ordet «kan» bidrar til at myndighetene i realiteten må foreta en forholdsmessighetsvurdering ved at de selv må bestemme om de synes opphør av flyktningstatus skal vedtas i hvert enkelt tilfelle. Det gjør det nødvendig å se hen til ytterligere rettskilder for å avklare rettstilstanden.

⁹⁷ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 56.

⁹⁸ Eckhoff/Smith (2014) s. 375.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 106.

4.2.2 Lovens formål

Utlendingsloven har en egen formålsbestemmelse i § 1. Ett av formålene er å sørge for at de som har krav på beskyttelse får det.¹⁰⁰ Utl. § 37 første ledd bokstav e, er et rettslig tiltak som bidrar til å ivareta dette formålet. Den verner asylinstituttet ved å sørge for at de som ikke lengre har et reelt krav på beskyttelse mister sin asyltillatelse.

En forholdsmessighetsvurdering tvinger rettsanvenderen til å foreta en ytterligere vurdering av flyktingens situasjon. Med første øyekast kan det dermed virke som at en innfortolkning bidrar til et grundigere standpunkt av om utlendingen fortsatt har krav på beskyttelse, noe som bidrar til å realisere formålet om å verne personer med et reelt krav på beskyttelse, jf. utl. § 1.

Analyserer man det nærmere er det likevel ikke så klart. Forholdsmessighetsvurderingen kan medføre at det ikke er legitimt med opphør fordi det er et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen, eksempelvis på grunn av etablert familieliv eller en sterk tilknytning til Norge. Forholdsmessighetsvurderingen tillegger da utl. § 37 første ledd bokstav e et nytt formål om også å verne utlendinger mot andre interesser enn utlendingens beskyttelsesbehov. Som vist i kapittel 3 er beskyttelseshensynene allerede dekt. Når det er utlendingens beskyttelsesbehov som er det bærende formål etter utl. § 37 første ledd bokstav e og utl. § 1 tredje ledd, taler det for at det ikke er behov for en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e. Etter dette taler ikke lovens formål for at et slikt vilkår bør innfortolkes.

Oppsummert viser lovens formål at en innfortolkning av en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e ikke er nødvendig for å ivareta formålet om et reelt behov for beskyttelse.

4.2.3 Forarbeidene

Lovgivers intensjon utgjør en viktig del av begrunnelsesgrunnlaget for å finne ut av om det er legitimt å innfortolke en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e. De relevante forarbeider for problemstillingen er Ot.prp.nr. 75 (2006-2007), NOU 2004: 20 og Innst. O. Nr. 42 (2007-2008).¹⁰¹

¹⁰⁰ Se utl. § 1 tredje ledd.

¹⁰¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), NOU 2004:20 Ny utlendingslov og Innst. O. Nr. 42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Felles for forarbeidene er at de utdyper vilkårene om endringer i forholdene. Det nevnes derimot ingenting om at det forutsettes en forholdsmessighetsvurdering under anvendelsen av bestemmelsen.

Forarbeidene er dermed tause vedrørende forholdsmessighetsproblematikken, noe som kan tas til inntekt for at lovgiver ikke har ment det skal gjelde noen forholdsmessighetsvurdering.

Til sammenligning ble tause forarbeider brukt som argument for at det ikke skulle gjelde en begrenset domstolskontroll av urimelighetskravet i utl. § 28 femte ledd i Rt. 2015 s. 1388. Høyesterett uttalte «(...)Dersom departementet hadde ment at det samme skulle gjelde ved urimelighetsvurderingen etter § 28 femte ledd, ville det vært naturlig å si det».¹⁰² Det samme gjelder for utl. § 37 første ledd bokstav e. Hadde det vært tilsiktet av lovgiver at det skulle gjelde en forholdsmessighetsvurdering ville det vært naturlig å ta opp dette i forarbeidene når ordlyden i bestemmelsen ellers er taus.

Et annet moment som også taler for at lovgiver ikke legger opp til en forholdsmessighetsvurdering er at utl. § 38 sin betydning i anvendelsen av utl. § 37 tas opp i forarbeidene. Det gis uttrykkelig beskjed om at utl. § 38 alltid skal vurderes når utl. § 37 kommer til anvendelse.¹⁰³ Utl. § 38 er en bestemmelse som fordrer at man veier ulike hensyn mot hverandre, henholdsvis søkerens humanitære behov og tilknytning til Norge mot innvandringsregulerende hensyn. Den presenteres nærmere i kapittel 4.2.4. Avveiningen etter utl. § 38 sørger for at det foretas en vurdering av humanitære behov hos utlendingen.

Humanitære behov favner et vidt spekter av interesser og da vil en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e, sannsynligvis være overflødig all den tid myndighetene likevel har en plikt til å vurdere saken etter utl. § 38. Andre behov enn beskyttelseshensyn som gjør seg gjeldende i opphørsaken vil dermed bli ivaretatt av vurderingen i utl. § 38.

Det store fokus på at utl. § 38 skal anvendes sammen med utl. § 37, indikerer også at lovgiver har tenkt gjennom de motstridende interessene som kan gjøre seg gjeldende i saker om opphør. Det er disse interessene som vil være aktuelle i forholdsmessighetsvurderingen. Når det da ikke nevnes noe om en forholdsmessighetsvurdering, men understrekes at utl. § 38 skal

¹⁰² Rt. 2015 s. 1388 avsnitt 239.

¹⁰³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 106.

vurderes, indikerer det at lovgiver har tatt et bevisst valg om at hensyn utover beskyttelsesbehov skal holdes utenfor utl. § 37 første ledd bokstav e og ivaretas av andre bestemmelser i loven. Det taler for at det ikke er behov for en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e.

Oppsummeringsvis tilsier forarbeidene at det ikke er tilsiktet en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e fra lovgivers side.

4.2.4 Lovens system

4.2.4.1 Innledning

Utlendingsloven har flere bestemmelser som innebærer at oppholdstillatelse trekkes tilbake eller opphører. Det er utl. § 31 fjerde og femte ledd, § 37, § 63 og § 126 andre ledd. Den har også bestemmelser som uttrykkelig lovfester et forholdsmessighetskrav for tilfeller der utlendingen ufrivillig må forlate Norge. Disse er utl. § 70, § 122 og § 126 tredje ledd. Videre har loven enkeltbestemmelser som har til formål å sørge for at retur i visse tilfeller alltid er uaktuelt. Det er utl. § 37 andre ledd om tvingende grunner for at utlendingen ikke kan nyte vern fra hjemlandets myndigheter, utl. § 28 som gir krav på fortsatt beskyttelse og utl. § 38 som gir opphold av humanitære grunner.

I dette kapittelet skal forholdet mellom disse bestemmelsene og utl. § 37 første ledd bokstav e drøftes. Hensikten er å finne ut av hvorfor utlendingsloven bare i noen returtilfeller oppstiller en uttrykkelig forholdsmessighetsvurdering og om de andre tilbakekallsbestemmelsene oppstiller en forholdsmessighetsvurdering. Det skal også ses på om forholdet til utl. § 37 andre ledd og utl. § 38 medfører at en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e, blir overflødig.

4.2.4.2 Utlendingsloven § 28

Bestemmelsen ble presentert i kapittel 2. Den vil utgjøre en absolutt skranke for opphør så lenge flyktingen oppfyller flyktingdefinisjonen. Norge har flere internasjonale forpliktelser som medfører et vern mot utsendelse.¹⁰⁴ Disse supplerer alle vurderinger som medfører at utlendingen må forlate Norge, men i opphørstilfellene vil de få liten selvstendig betydning da den utvidede flyktingdefinisjonen i utl. § 28 første ledd bokstav b fanger opp disse tilfellene. I disse tilfellene vil utlendingen ha rett til flyktingstatus. Utl. § 28 bidrar derfor til å ivareta

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 68.

utlendingens beskyttelsesbehov og gir av den grunn ingen støtte til at en forholdsmessighetsvurdering er nødvendig av beskyttelsesårsaker.

4.2.4.3 Utlendingsloven § 37 andre ledd

Utlendingsloven § 37 andre ledd ble presentert i kapittel 3. Det er en unntaksbestemmelse for opphør av flyktningstatus, så lenge utlendingen kan påvise «tvingende grunner». Som vist tidligere, er det gode antakelser for at lovgiver har valgt og ikke ha en uttrykkelig ordlyd om en forholdsmessighetsvurdering. Når de i tillegg har tatt med en unntaksregel, forsterker det at lovteksten er vel gjennomtenkt hva gjelder motstridende interesser i opphørssaker. Det tyder på en bevissthet fra lovgiver om en bestemt systematikk for utl. § 37. Det fremstår som at første ledd er ment å regulere de objektive vilkårene for opphør, mens andre ledd ivaretar subjektive forhold ved utlendingen som motsier opphør. Systematikken taler imot at det skal være en sikkerhetsventil i form av en forholdsmessighetsvurdering allerede i første ledd. Den taler også imot en forholdsmessighetsvurdering fordi motstridende interesser kan ivaretas gjennom unntaksvilkåret.

4.2.4.4 Utlendingsloven § 38

En utlending som ikke oppfyller vilkårene for bestemte oppholdstillatelse, kan likevel bli innvilget oppholdstillatelse av humanitære grunner etter utl. § 38. Vilkåret er at det foreligger sterke menneskelige hensyn i utlendingens situasjon eller at utlendingen har en særlig tilknytning til Norge.¹⁰⁵ Hensikten er å fange opp tilfellene der retur av utlendingen er utilrådelig.¹⁰⁶ Bestemmelsen er særlig relevant når utlendingens situasjon ikke er så alvorlig at den oppfyller terskelen for asyl, men hvor en kombinasjon av beskyttelseshensyn og humanitære hensyn likevel tilsier at utlendingen bør få opphold.¹⁰⁷ Det er ikke meningen at utlendingen får opphold etter utl. § 38 basert på rene beskyttelseshensyn.¹⁰⁸

Tilfeller som kan tilsi opphold av humanitære grunner etter utl. § 38 er helsemessige forhold hos utlendingen, utlendingens tilknytning til Norge med familie og bosituasjon, de sosiale og humanitære forholdene ved utlendingens retursted og utlendingens alder og forsørgersituasjon.¹⁰⁹ Det skal foretas en totalvurdering av søkerens behov for opphold i

¹⁰⁵ Jf. utl. § 38 første ledd.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 152.

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 154.

¹⁰⁸ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 154.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 154-155.

forhold til innvandringsregulerende hensyn.¹¹⁰ Avveiningen blir dermed en forholdsmessighetsvurdering, der utlendingens individuelle forhold settes opp mot statens behov for en regulert innvandring. Bestemmelsen ivaretar dermed tilfellene hvor humanitære interesser gjør det uforholdsmessig at utlendingen ikke får bli værende i Norge. Det gjør at disse interessene ikke kan begrunne en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e.

Utelater man humanitære hensyn fra utl. § 37 første ledd bokstav e, vil det også gjøre loven enklere å anvende fordi bestemmelsene får klare formål. Da ivaretar bestemmelsene ulike interesser, istedenfor at de overlapper hverandre.

Så kan det hevdes at vurderingen etter utl. § 37 første ledd bokstav e vil være en annen fordi den regulerer å frata utlendingen en rettighet, mens utl. § 38 regulerer å tilkjenne utlendingen en rettighet. Men dersom en forholdsmessighetsvurdering skulle gjelde etter utl. § 37 første ledd bokstav e, ville også den medført et fokus på utlendingens behov for opphold. Det er opphøret som måtte blitt vurdert som uforholdsmessig, og siden konsekvensen av opphør er at utlendingen må forlate landet, er det hensynene for å bli værende som ville gjort seg gjeldende. Derfor kan ikke dette argumentet få noen betydning.

4.2.4.5 Forholdet til bestemmelser om tilbakekall - utlendingsloven §§ 31, 63 og 126

En utlending som har fått oppholdstillatelse som flyktning, men som senere er blitt skyldig i straffbare folkerettsstridige handlinger, eller «har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med FNs mål og prinsipper», eller «har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og av den grunn utgjør en fare for det norske samfunnet», kan få oppholdstillatelsen tilbakekalt etter utl. § 31 fjerde ledd. En utlending som har fortiet opplysninger, gitt uriktige opplysninger eller er utsendt fra et Schengenland med en begrunnelse som kan true nasjonale interesser, kan få tilbakekalt sin midlertidige eller permanente oppholdstillatelse etter utl. § 63. Dette er bestemmelser som har likhetstrekk med utl. § 37 første ledd bokstav e.

Et fellestrekk med utl. § 37 første ledd bokstav e er at bestemmelsene inneholder «kan»-uttrykket og ingen av de har et uttrykkelig vilkår om en forholdsmessighetsvurdering. Heller ikke forarbeidene til bestemmelsene gir noen støtte om at det er forutsatt en

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 152 og s. 154.

forholdsmessighetsvurdering, slik at lovens system på dette punkt ikke gir holdepunkter for at det bør innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e.

Imidlertid har både § 31 andre ledd og § 63 andre ledd en henvisning til utl. § 126. Utl. § 126 gjelder tilbakekall og utvisning av hensyn til nasjonale interesser, og krever en forholdsmessighetsvurdering før utvisningsvedtak kan fattes.¹¹¹ Enkelte forhold etter utl. § 31 andre ledd og § 63 andre ledd må det dermed foretas en forholdsmessighetsvurdering av. En ser at det bare gjelder for forhold av kriminell eller alvorlig art, og kun i tilfeller der utvisning også er aktuelt. Det er forhold anvendelsesområdet til utl. § 37 første ledd bokstav e ikke omfatter og da kan systematikken lettere forsvares.

Av dette ser man at tilsvarende bestemmelser som utl. § 37 første ledd bokstav e, som hovedregel ikke oppstiller noen forholdsmessighetsvurdering. Det skal unntaksvis foretas en forholdsmessighetsvurdering for tilfeller som er av kriminell art og som grenser til eller også er utvisningstilfeller. I det følgende skal det ses nærmere på hva det er som gjør forholdsmessighetsvurderingen nødvendig i utvisningstilfellene og ikke i opphørstilfellene.

4.2.4.6 Forholdet til bestemmelser om utvisning - utlendingsloven § 70

Det er lovfestet et krav om forholdsmessighet for utvisningstilfeller i utl. § 70. Bestemmelsen oppstiller et krav om at en utvisning fra Norge ikke skal være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller utlendingens familie. Forholdsmessighetskravet medfører at det ikke er tilstrekkelig at de objektive vilkårene i den enkelte utvisningsbestemmelse er oppfylt. Det må i tillegg foretas en vurdering av om utvisningen er forholdsmessig. Utvisningstilfellene har dermed et tilleggssvern.

Utvisning har likhetstrekk med opphør fordi utlendingen også i utvisningstilfellene har hatt en oppholdstillatelse som opphører, med den virkning at utlendingen må reise fra oppholdslandet ufrivillig. Forskjellen er at utvisningstilfellene relaterer seg til lovbrudd utlendingen har utført. Det fremstår derfor som at utlendingslovens system er at lovbrudd skal vurderes etter et forholdsmessighetskrav før vedtak fattes. Spørsmålet blir følgelig hvorfor det er slik.

Utvisning er en reaksjon som innebærer en varig utestengelse fra oppholdslandet eller et innreiseforbud for en bestemt periode.¹¹² Dette er en sentral forskjell fra opphør av

¹¹¹ Jf. utl. § 126 tredje ledd.

¹¹² Jf. utl. § 71 andre ledd.

flyktningstatus. Ved opphør kan utlendingen fortsatt få opphold på annet grunnlag, og har da en rett til å være i Norge. Utlendingen har heller ikke et innreiseforbud. Utvisning er derfor et strengere og mer alvorlig tiltak overfor utlendingen. At det kreves mer før vedtak treffes fremstår ikke som urimelig.

Likevel knytter utvisning seg til utlendinger som har brutt norsk lov. Selv om reaksjonen er strengere, er den resultatet av handlinger som skyldes utlendingen selv. Sakene etter utl. § 37 første ledd bokstav e kan skyldes omstendigheter utenfor utlendingens handleevne eller omstendigheter utlendingen har skyld i, men som ikke er av strafferettslig art som eksempelvis konvertering av religion. Så selv om det fremstår som rimelig at utvisningstilfeller krever en forholdsmessighetsvurdering, er det likevel urimelig at det skal være et dårligere vern for utlendinger som ikke har brutt loven.

Når det er sagt, så er ikke utl. § 38 anvendelig for utvisningstilfellene. En utlending som skal utvises får i utgangspunktet ikke opphold på andre grunnlag. Det eneste unntaket fra dette er opphold som følger av vern mot utsendelse.¹¹³ Da får den utviste utlendingen en begrenset oppholdstillatelse, som varer så lenge returfaren eksisterer.¹¹⁴ Av den grunn ivaretar utl. § 70 mange av interessene som utl. § 38 ivaretar for returtilfeller som ikke knytter seg til utvisning. På den måten er ikke vernet av utlendingens interesser så skjevt likevel.

Likevel ivaretas rettssikkerheten til utlendingen mot uforholdsmessige vedtak muligens bedre for utvisningstilfellene, fordi utlendingen i disse tilfellene har mulighet til å få prøvd forholdsmessigheten av det konkrete opphørsvedtaket. Utl. § 38 vil kun fokusere på utlendingens humanitære grunner for opphold. Av den grunn er utvisningstilfellene muligens bedre vernet hva gjelder prøving av selve opphørsvedtaket, men hensynene som gjør seg gjeldende i forholdsmessighetsvurderingen i utl. § 70 ivaretas på lang vei av utl. § 38 for opphørssituasjonene.

Etter dette er lovens system er at utvisningstilfeller skal vurderes etter en lovfestet forholdsmessighetsvurdering. I forhold til opphørssituasjonene er systematikken forsvarlig, men det er verdt å bemerke at utvisningstilfellene har et bedre vern hva gjelder prøvingen av vedtaket fordi de får prøvd forholdsmessigheten av vedtakets innhold.

¹¹³ Jf. utl. § 73 andre ledd og § 74.

¹¹⁴ Jf. utl. § 74 og Øyen (2018) s. 178-179.

Av dette kapittelet kan det utledes at lovens system er bygd opp på en måte der andre bestemmelser er ment å ivareta motstridende interesser som kan gjøre seg gjeldende i opphørssaker. Det er dermed ikke nødvendig med en forholdsmessighetsvurdering, all den tid disse bestemmelsene vurderes ved siden av utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.2.5 Rettspraksis

Det foreligger ikke mye rettspraksis vedrørende utl. § 37 første ledd bokstav e, og det er nok en naturlig følge av at bestemmelsen er forutsatt lite brukt.¹¹⁵ Det er først de siste fire årene forholdsmessighetsproblematikken har versert for domstolene. Avgjørelsene har vært sprikende hva gjelder rekkevidden av opphørsbestemmelsen når det kommer til om det kan innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering, og av den grunn har rettstilstanden vært uklar.

Rt. 2010 s. 858 gjaldt opphør av flyktningstatus til en iransk kvinne etter den gamle utlendingsloven av 1988.¹¹⁶ Høyesterett foretok ingen forholdsmessighetsvurdering, og det ble verken problematisert fra partene eller domstolen at opphørstilfeller oppstiller en slik vurdering.

Problematikken har vært gjenstand for drøftelse i lagmannsretten i fire tilfeller.¹¹⁷ Bare en av sakene konkluderte på problemstillingen og mente at det ikke kan innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e.¹¹⁸ De resterende dommene unngikk å konkludere fordi saken uansett falt inn under EMK artikkel 8, slik at det likevel måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering.¹¹⁹

Fra lagmannsrettsdommene kan det utledes at argumentene for en forholdsmessighetsvurdering har vært at «kan»-ordlyden forutsetter en forholdsmessighetsvurdering som kan prøves av domstolene, at utlendingsloven i utvisningstilfeller oppstiller en forholdsmessighetsvurdering og at EMK og Grunnloven oppstiller en forholdsmessighetsvurdering.¹²⁰ Argumentene mot er at verken lovtekst, forarbeider, FK eller EUs statusdirektiv oppstiller et slikt krav og at «kan»-ordlyden bare

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 106.

¹¹⁶ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

¹¹⁷ LB-2016-10920, LB-2016-12981, LB-2016-105126 og LB-2016-111773.

¹¹⁸ LB-2016-10920 s. 9-10.

¹¹⁹ LB-2016-12981 s. 9-10, LB-2016-105126 s. 10-11 og LB-2016-111773 s. 12.

¹²⁰ LB-2016-12981 s. 9-10, LB-2016-105126 s. 10-11 og LB-2016-111773 s. 12.

betyr at det er opp til forvaltningens frie skjønn om de ønsker å benytte seg av kompetansen de er tildelt.¹²¹

LB-2016-12981 ble anket av staten og tillatt fremmet for Høyesterett. Anken gjaldt tolkningen og anvendelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e, herunder om det gjelder et selvstendig forholdsmessighetsvilkår.¹²² Foranledningen til saken var en mor og en datter fra Afghanistan som fikk opphørt sin flyktningstatus fordi moren ikke var enslig kvinne uten mannlig nettverk i hjemlandet da barnefaren kom til Norge i etterkant av asyl.

Saksforløpet frem til Høyesterett var at tingretten mente at utl. § 37 forutsetter en forholdsmessighetsvurdering fordi det er en «kan»-bestemmelse.¹²³ I det mente tingretten at det måtte foretas en reell forholdsmessighetsvurdering av situasjonen som måtte fremgå av vedtaket, slik at det ikke var tilstrekkelig at utlendingsmyndighetene hadde tatt stilling til om de skulle opphøre flyktningstatusen.¹²⁴ Lagmannsretten tok ikke stilling til spørsmålet fordi de mente at EMK artikkel 8 uansett kom til anvendelse og at det av den grunn måtte foretas en forholdsmessighetsvurdering.¹²⁵ Det kom likevel en uttalelse som synes å trekke i retning av de mener det burde være en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e. De trakk paralleller til utvisningstilfellene og pekte på at forholdsmessighet gjelder der utlendingen har gjort straffbare eller uredelige handlinger, og at utvisningstilfellene og opphørstilfellene har lik konsekvens. Av den grunn burde det også gjelde et krav om forholdsmessighet ved opphør for at det ikke skulle være «(...)dårlig sammenheng i regelverket...».¹²⁶

Høyesterett kom til at utl. § 37 første ledd bokstav e ikke oppstiller et vilkår om forholdsmessighet.¹²⁷ Uttalelsen kom riktignok i et obiter dictum, jf. avsnitt 47-51, men sett at dommen er ny, uttalelsen er klar, og at ingen av de resterende dommerne fant grunn til å motsi uttalelsen til førstvoterende, gir det god grunn til å tillegge uttalelsen vekt.¹²⁸

Høyesterett begrunner sitt standpunkt primært i lovteksten og forarbeidene til utl. § 37 første ledd bokstav e. De legger avgjørende vekt på at lovteksten ikke oppstiller et uttrykkelig krav

¹²¹ LB-2016-12981 s. 9-10, LB-2016-105126 s. 10-11 og LB-2016-111773 s. 12.

¹²² HR-2018-572-A avsnitt 25.

¹²³ TOSLO-2015-56331 s. 9.

¹²⁴ TOSLO-2015-56331 s. 9.

¹²⁵ LB-2016-12981 s. 9-10.

¹²⁶ LB-2016-12981 s. 9.

¹²⁷ HR-2018-572-A.

¹²⁸ Eckhoff/Helgesen (2001) s. 172.

og at forarbeidenes tilsiktede gjengivelse av FK artikkel 1C nr. 5 «(...)klargjør...» at det ikke gjelder et krav om forholdsmessighet når konvensjonen ikke oppstiller et slikt krav.¹²⁹ Det er dermed først og fremst FK artikkel 1C nr. 5 som har vært avgjørende for standpunktet. De internasjonale reglene som Norge har bundet seg til, har stor vekt på utlendingsrettens område, jf. utl. § 3. Ved tolkningstvil skal tolkningsalternativet som unngår strid med folkeretten benyttes og ved motstrid skal de internasjonale reglene brukes «(...)til tolkning og utfylling av loven, til erstatning for og med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser...».¹³⁰ Med sitt standpunkt viser Høyesterett lojalitet til lovgiver og våre folkerettslige forpliktelser, og bekrefter at det skal mye til for å komme til et annet standpunkt når lovtekst og forarbeid ikke gir grunn til det.

Selv om standpunktet både avsløres og forankres rettskildemessig innledningsvis i drøftelsen, foretar førstvoterende likevel en ytterligere redegjørelse og forklarer hvilken betydning andre anførsler har hatt i vurderingen.¹³¹ En forholdsmessighetsvurdering er ikke til ugunst for utlendingen på en måte som vil krenke flyktningkonvensjonen, så selv om den ikke kan utledes av opphørsklausulen vil uttalelser til de andre argumentene som er gjort gjeldende i saken, vise at heller ikke disse taler for en innfortolkning. Av den grunn fungerer uttalelsene i avsnitt 49 og 50 som subsidiære rettskilder som underbygger standpunktet og viser samtidig at årsaken til standpunktet ikke er at lovens systematikk og reelle hensyn har lavere vekt enn lovteksten og forarbeidene. Høyesterett finner ikke grunn til å foreta noen avveining av rettskildene fordi de mener at også disse taler mot en innfortolkning.

Det uttalelsen derimot også kunne redegjort for, er forståelsen av forholdet mellom «kan»-ordet og forvaltningens skjønnsutøvelse. Høyesteretts uttalelse om at forholdsmessighetsvilkåret ikke følger av lovteksten kan selvfølgelig innebære at de mener å legge diskusjonen rundt «kan»-ordet ferdig, men en uttrykkelig uttalelse ville likevel vært mer formålstjenlig fordi den gjelder et tvetydig ord som ofte anvendes i lovteksten. En uttalelse ville vært et bidrag til en større avklaring rundt hvilken forståelse ordet skal tillegges, i dette tilfelle for lovbestemmelser som fratrar personer en tillatelse.

¹²⁹ HR-2018-572-A avsnitt 48.

¹³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

¹³¹ HR-2018-572-A avsnitt 49 og 50.

4.2.6 Forvaltningspraksis

4.2.6.1 Departementets instruks om opphør av flyktningsstatus

Departementets siste instruks vedrørende anvendelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e ble utgitt 30. september 2016.¹³² Formålet med instruksen er å få klare retningslinjer for når det skal opprettes saker om opphør av flyktningsstatus, for å sørge for at utlendinger som ikke har behov for beskyttelse returneres til sitt hjemland og frigir plass til utlendinger med et reelt behov for beskyttelse.¹³³ Instruksen er relevant som rettskilde fordi den inneholder uttalelser fra departementet vedrørende forholdsmessighetsvurderinger etter utl. § 37 første ledd bokstav e og fordi UDI anvender den.

Etter instruksen skal det «(...) ikke foretas en vurdering av om tilbakekall av oppholdstillatelsen er et forholdsmessig tiltak overfor utlendingen».¹³⁴ Instruksen gir dermed et klart signal fra departementet om at det ikke skal foretas forholdsmessighetsvurderinger i situasjoner etter utl. § 37 første ledd bokstav e. Om dette er fordi de mener det ikke kan innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering i lovbestemmelsen eller at det er andre årsaker fremgår ikke. I alle tilfeller byr instruksens på liten tvil vedrørende forholdsmessighetsvurderingen og gir et klart motargument mot oppstilling av en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.2.6.2 UDIs interne meldinger om opphør av flyktningsstatus

UDI sin siste interne melding vedrørende anvendelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e ble publisert 20. august 2017.¹³⁵ Formålet med internmeldingen er blant annet å gi UDI sine saksbehandlere veiledning om hvordan saksbehandlingen i opphørssaker etter utl. § 37 første ledd bokstav e skal foregå.¹³⁶ Den er dermed relevant for forholdsmessighetsproblematikken, da internmeldingen viser hvordan UDI praktiserer bestemmelsen når de skal fatte vedtak om opphør av flyktningsstatus.

Det sentrale punkt i internmeldingen er punkt 6.5. Under overskriften «UDI vurderer om vedtaket er forholdsmessig» uttaler UDI at de «har hatt som praksis» å foreta forholdsmessighetsvurderinger i tilbakekallssaker. Det fremstår som at dette er en hovedregel

¹³² GI-14/2016.

¹³³ GI-14/2016 avsnitt 1-2.

¹³⁴ GI-14/2016 avsnitt 4.1.

¹³⁵ IM 2017-003.

¹³⁶ IM 2017-003 avsnitt 1.3.

og har vært praksis. Etter hvilket grunnlag praksis er utledet fra uttales det ingenting om. Imidlertid er forholdsmessighetsvurderingen avgrenset til tilbakekallsaker som ikke omfattes av overnevnte instruks GI-14/2016. Det medfører at internmeldingen ikke støtter en forholdsmessighetsvurdering i saker etter § 37 første ledd bokstav e. Internmeldingen taler heller for at forvaltningspraksis mener det ikke skal gjelde en forholdsmessighetsvurdering etter § 37 første ledd bokstav e.

4.2.7 Juridisk teori

Terje Einarsen, Elin Skaar og Vigdis Vevstad har utarbeidet en komparativ analyse om opphør av flyktningstatus og eksklusjon av flyktningstatus.¹³⁷ Der uttales ingenting om forholdsmessighetsproblematikken og det skrives ingenting om at forholdsmessighet er et vilkår. Imidlertid stiller forfatterne spørsmål ved om staten bør ha en skjønnsmargin for å avstå fra å anvende eksklusjonsbestemmelsen i flyktningkonvensjonen på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger, altså forholdsmessighet. De konkluderer med at en slik tilnærming er rimelig når staten ikke har subsidiære beskyttelsesforpliktelser utover flyktningkonvensjonen.¹³⁸ Konklusjonen bygger på rimelighetsbetraktninger og kan derfor ha overføringsverdi til problemstillingen denne oppgaven søker å besvare, selv om den er uttalt i forbindelse med eksklusjonsadgangen.

Som vist i punkt 4.2.4 har Norge flere subsidiære beskyttelsesforpliktelser utover flyktningkonvensjonen de må ta hensyn til, og vurdere når de vedtar opphør av flyktningstatus. Det gjør at uttalelsen kan tas til inntekt for at det ikke er nødvendig med forholdsmessighetsbetraktninger ved opphør av flyktningstatus.

4.2.8 Reelle hensyn

4.2.8.1 Rimelighetshensyn

Som redegjort for i punkt 4.2.4 er det uttrykkelig lovfestet en forholdsmessighetsvurdering for utvisningstilfeller i utl. § 70. Uten en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e, er rettsregelen *de lege lata* at en utlending som har brutt loven har et bedre vern enn en flyktning som ikke har brutt loven, fordi utvisningstilfellene må prøve forholdsmessigheten av vedtakets innhold i tillegg til oppfyllelsen av de objektive vilkårene i

¹³⁷ Einarsen/Skaar/Vevstad (2006) *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F*. Tilgjengelig på: https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf (Lest 19.04.2018).

¹³⁸ Einarsen/Skaar/Vevstad (2006) s. 88 (Lest 16.04.2018).

utvisningsbestemmelsene. At utlendinger som gjør lovbrudd har et bedre vern hva gjelder prøving av vedtaket fremstår som urimelig. Selv om flyktninger kan få opphold på andre grunnlag, og kan påberope seg tvingende grunner, er ikke det samme vern hva gjelder vedtaket i seg selv. Rimelighetshensyn taler for at det også bør gjelde en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.2.8.2 Effektivitetshensyn

En innfortolkning av en forholdsmessighetsvurdering gjør, som redegjort for tidligere, at flere andre regler i utlendingsloven blir overflødige, slik som utl. § 37 andre ledd og utl. § 38. Å foreta vurderinger som er så like at de ikke tilfører noe vern gjør regler ineffektive. Derfor taler ikke effektivitetshensyn for at det bør innfortolkes en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e, all den tid vi har andre bestemmelser som ivaretar humanitære, sosiale, familiære og personlige grunner for fortsatt opphold. Så selv om rimelighetshensyn taler for at det er urimelig at utvisningstilfellene har et bedre vern hva gjelder vedtaket i seg selv, vil ikke forholdsmessighetsvurderingen tilføre saken noen avgjørende betydning, fordi vurderingen den oppstiller likevel ivaretas av andre bestemmelser myndighetene er pliktige å vurdere.

Norge har med andre ord flere subsidiære beskyttelsesforpliktelser fra internasjonale regler og nasjonale regler som må overholdes ved opphør av flyktningstatus. Forpliktelsene gir mindre grunn til å anvende forholdsmessighetsbetraktninger ved opphør, fordi rettssikkerheten ivaretas gjennom andre bestemmelser.

4.2.8.3 Hensynet til forutberegnelighet

Innvilgelse av flyktningstatus kan skape en forventning hos flyktningen om langvarig eller varig opphold i Norge. En asyltillatelse forsikrer at flyktningen får beskyttelse av Norge og at Norge godtar flyktningens opphold. Etterhvert bosettes flyktningen gjerne utenfor asylmottak og deltar i integreringsfremmende tiltak. Integreringen som skjer i etterkant av asyltillatelsen sannsynliggjør at flyktningen får forventninger om varig opphold. Hensynet til innrettelse og behovet for forutberegnelighet tilsier at det er hensiktsmessig med en forholdsmessighetsvurdering for å ta hensyn til flyktningens forventninger i den konkrete sak.

Når det er sagt, så er det ikke nødvendigvis slik at innvilgelse av flyktningstatus gir grunn til at flyktningen får forventninger om varig opphold. Det at tillatelsen er midlertidig gir i seg selv mindre grunn til forventninger enn eksempelvis ved permanent oppholdstillatelse. Å få

tilbaketrukket en permanent oppholdstillatelse er derfor både mer overraskende og inngripende enn opphør av en midlertidig oppholdstillatelse. Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse kan derfor ikke være absolutt i alle saker om opphør av flyktningsstatus. Det gir mindre grunn til å bruke hensynet som argument for oppstilling av en forholdsmessighetsvurdering.

4.2.9 Gjelder det en ulovfestet generell regel om forholdsmessighet for forvaltningsvedtak?

Det er ingen lovfestet bestemmelse om at det gjelder et generelt krav om at innholdet av forvaltningsvedtak må være forholdsmessig. En ulovfestet generell regel om forholdsmessighet i forvaltningsvedtak medfører at vedtak om opphør av flyktningsstatus må tilfredsstillende en forholdsmessighetsvurdering. Om det derimot eksisterer en ulovfestet generell regel om at forvaltningsvedtak etter sitt innhold må være forholdsmessig, har vært under diskusjon lenge.

Diskusjonen har vært fremtredende i juridisk teori og forfatterne har ulike synspunkter.

Noen forfattere snakker om et ulovfestet prinsipp, mens andre bruker begrepet krav, se nedenfor. Om dette er bevisst eller ikke er vanskelig å fastslå. Perspektivene synes å være de samme uansett begrepsvalg, nemlig at et ulovfestet krav/regel/prinsipp eksisterer som en selvstendig skranke i forvaltningens skjønnsutøvelse overfor borgernes frihet, og at forholdsmessighetskravet vil få betydning for forholdet mellom domstolen og forvaltningens frie skjønn. Av den grunn er ikke begrepsbruken noe oppgaven vil problematisere nærmere.

Hans Petter Graver virker å være av den oppfatning at domstolskontrollen av forvaltningsvedtak over tid har utvidet seg til også å innebære en overprøving av forholdsmessighet.¹³⁹ Graver mener at domstolen foretar mer grundige prøvinger av innholdet i inngripende vedtak ved siden av anvendelsen av myndighetsmisbrukslæren. Han hevder at dette i realiteten er en forholdsmessighetsprøving og sentrale dommer for påstanden er Rt. 1961 s. 910, Rt. 1981 s. 745 og Rt. 2000 s. 1060.¹⁴⁰ Siden forholdsmessighetskravet allerede eksisterer i store deler av forvaltningsretten, herunder ved fastsettelse av vilkår, ileggelse av forvaltningssanksjoner og ulovfestet omgjøring av forvaltningsvedtak, gir dette

¹³⁹ Hans Petter Graver, «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser», *Lov og Rett*, 1995 s. 279-306 (s. 280).

¹⁴⁰ Graver, «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser», s. 281.

«(...)holdepunkter for å si at et krav om forholdsmessighet gjelder generelt som et ulovfestet krav, hvor forvaltningen fatter inngripende vedtak i form av påbud og forbud...».¹⁴¹

Det ulovfestede forholdsmessighetskravet Graver påstår at kan utledes skal først og fremst rette seg mot lovgiver og forvaltningen.¹⁴² Men domstolen kan prøve om inngrepets forholdsmessighet er vurdert på en forsvarlig måte, og tilsidesette vedtaket der forholdsmessighet er utelatt.¹⁴³ Til tross for at realiteten viser et mønster, mener Graver at særlig to nyere dommer fra Høyesterett viser at domstolen ikke vil innrømme eksistensen av et ulovfestet forholdsmessighetskrav.¹⁴⁴ Det er Rt. 2008 s. 560 og Rt. 2011 s. 304 som presenteres nærmere nedenfor.

Ørnulf Rasmussen påstår også at det kan oppstilles et generelt ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp. Han mener det er mer hensiktsmessig å la forholdsmessighet bli et generelt gjeldende prinsipp, istedenfor å la det eksistere som et sektorielt prinsipp på enkelte områder av forvaltningsretten.¹⁴⁵ Hvor stor skjønnsutøvelse forvaltningen er gitt ved den enkelte fullmaktslov og de faktiske omstendighetene, vil bestemme domstolens prøvingsintensitet av forholdsmessigheten, og vil derfor variere.¹⁴⁶

Torstein Eckhoff og Eivind Smith støtter ikke at det eksisterer et generelt ulovfestet prinsipp om forholdsmessighet for innholdet i forvaltningsvedtak og tror ikke domstolene vil anerkjenne et ulovfestet forholdsmessighetsprinsipp, fordi de da på egenhånd setter betydelige skranker for forvaltningens skjønnsutøvelse.¹⁴⁷

Johan Greger Aulstad stiller seg heller ikke bak at det er grunnlag for å utlede et generelt prinsipp om forholdsmessighet i forvaltningsvedtak.¹⁴⁸ Aulstads standpunkt er at utviklingen i rettspraksis ikke er prøving av forholdsmessighet, men oppstilling av «et strengere krav til forvaltningens begrunnelse av enkeltvedtak enn det som kan utledes av forvaltningsloven § 25».¹⁴⁹ Oppstillingen av et strengere begrunnelseskrav mener Aulstad en uheldig

¹⁴¹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 130.

¹⁴² Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 129.

¹⁴³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 131.

¹⁴⁴ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, s. 137.

¹⁴⁵ Ørnulf Rasmussen, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og rett*, 1995 s. 307-322 (s. 320).

¹⁴⁶ Rasmussen (1995) s. 320.

¹⁴⁷ Eckhoff/Smith (2015) s. 405.

¹⁴⁸ Johan Greger Aulstad, «Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-695-A)», *Jussens Venner* vol. 43 hefte 4(2008) s. 262-273.

¹⁴⁹ Aulstad (2008) s. 267.

«overprøvningsmetode».¹⁵⁰ Av den grunn mener Aulstad at Høyesterett enten må benytte seg av grov urimelighetsnormen i større grad eller åpne for et forholdsmessighetskrav for svært inngripende vedtak.¹⁵¹

I Rt. 2008 s. 560 kom Høyesterett med en uttalelse om forholdsmessighetskravets selvstendighet. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak som avslo søknad om opphevelse av innreiseforbud etter utlendingsloven 1988 § 29 fjerde ledd for en mann fra Kosovo. Det er avsnitt 48 i dommen som er av interesse. Der slår Høyesterett fast at myndighetsmisbrukslæren ikke inneholder et vilkår om forholdsmessighet. De tar ikke stilling til om forholdsmessighetsvurderingen eksisterer som en selvstendig begrensning ved siden av myndighetsmisbrukslæren.

Den siste uttalelsen fra Høyesterett vedrørende problemstillingen var i Rt. 2011 s. 304. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak som avslo søknad om konsesjon til erverv av en landsbrukseiendom. Saksøkte hevdet at vedtaket var ugyldig, blant annet fordi det var uforholdsmessig.¹⁵² Til det uttalte domstolen at:

«(...)det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak...».¹⁵³

Domstolen så det ikke på sin plass å oppstille et generelt krav om forholdsmessighet for forvaltningsvedtak. En oppstilling av et ulovfestet forholdsmessighetskrav ville gitt domstolen en mye større makt over forvaltningen skjønnsutøvelse, og samtidig innskrenket forvaltningens frihet. Det kan være en årsak til at domstolen ikke fant grunnlag for å oppstille en slik ulovfestet regel.

Domstolens uttalelse i Rt. 2011 s. 304, må tas til inntekt for at rettspraksis ikke mener det gjelder et slikt krav. Så lenge domstolen har gitt dette signalet må gjeldende rett være at det ikke eksisterer en ulovfestet generell regel om forholdsmessighet for forvaltningsvedtak.

¹⁵⁰ Aulstad (2008) s. 270.

¹⁵¹ Aulstad (2008) s. 270.

¹⁵² Rt. 2011 s. 304 avsnitt 56.

¹⁵³ Rt. 2011 s. 304 avsnitt 56.

Det er likevel verdt å bemerke at forholdsmessighetsvilkåret har fått en større plass i norsk rett i etterkant av dommen. Gjennom grunnlovsrevisjonen i 2014 fikk flere menneskerettigheter grunnlovsvern og det ga EMK en større plass i norsk rett. Forholdsmessighetsvilkåret er sentralt i EMK. Senest i 2016 ble det foreslått å grunnlovsfeste et generelt krav om forholdsmessighet.¹⁵⁴ Dette signaliserer at diskusjonen ikke nødvendigvis er ferdig, men at den fremover sannsynligvis vil dreie seg om lovfesting av et forholdsmessighetsvilkår og ikke dens eksistens på ulovfestet grunnlag.

4.2.9.1 Oppsummering

Rettskildematerialet *de lege lata* viser at det ikke eksisterer en ulovfestet regel om forholdsmessighet. Det betyr at det ikke kan kreves en forholdsmessighetsvurdering i vedtak etter utl. § 37 første ledd bokstav e med henvisning at det gjelder en generell ulovfestet regel om forholdsmessighet for forvaltningsvedtak.

4.2.10 Foreløpig konklusjon

Gjennomgangen av de norske rettskildene viser at det er en overvekt av rettskilder som taler imot at utl. § 37 første ledd bokstav e inneholder et vilkår om forholdsmessighet. Etter dette skal det ikke foretas en forholdsmessighetsvurdering i vedtak om opphør av flyktningstatus etter utl. § 37 første ledd bokstav e.

I det neste punktet er det våre internasjonale forpliktelser som skal drøftes i relasjon til utl. § 37 første ledd bokstav e. Spørsmålet er om de internasjonale rettskildene tilsier at det må oppstilles et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e. Etter gjennomgangen vil endelig konklusjon på problemstillingen fremsettes i punkt 4.4, med grunnlag i både norske og internasjonale rettskilder.

¹⁵⁴ Dokument 12:17 (2015-2016), Grunnlovsforslag 17 om endring i § 98 (forbud mot uforholdsmessig inngrep i borgernes frihetssfære, 30. september 2016).

4.3 Kan det innfortolkes et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e etter internasjonal rett?

4.3.1 Flyktningkonvensjonen

Det følger av Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 1, at ordlyden er utgangspunktet når innholdet i traktatteksten skal fastlegges, men at den må tolkes i lys av konteksten den er skrevet i og etter konvensjonens formål.

Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C nr. 5, har ingen uttrykkelig ordlyd om at den forutsetter en forholdsmessighetsvurdering. Ordlyden «shall» gir inntrykk av at det ikke har vært tiltenkt at statene bør ha en vurdering av om de fortsatt ønsker å opphøre flyktningstatusen når opphørsvilkårene er oppfylt og utlendingen ikke regnes som flyktning lengre. Til sammenligning kunne traktatteksten heller vært utformet med «kan» dersom det hadde vært meningen å gi anvisning på en forholdsmessighetsvurdering.

Et bærende formål bak flyktningkonvensjonen er å verne personer med et reelt behov for beskyttelse og som ikke kan oppnå nødvendig beskyttelse i hjemlandet sitt.¹⁵⁵ Vilkårene i FK artikkel 1 C nr. 5 baserer seg på faktiske omstendigheter som har medført at flyktningen ikke har et beskyttelsesbehov fordi hjemlandet er trygt og i stand til å ta være på flyktningen selv. En innfortolkning av en forholdsmessighetsvurdering vil medføre en vurdering utover beskyttelsesvurderingen, slik at det må vurderes om vedtaket er forholdsmessig, eksempelvis fordi vedkommende har oppholdt seg lenge i oppholdslandet og etablert et liv der. Dette er hensyn som ikke faller inn under formålet om å verne personer med et reelt behov for beskyttelse.

De faller imidlertid inn under et annet formål flyktningkonvensjonen søker å ivareta, nemlig flyktningens innrettelse i oppholdslandet.¹⁵⁶ En forholdsmessighetsvurdering vil sannsynligvis kunne ivareta hensynet til flyktningens behov for innrettelse. Imidlertid kan ikke behovet for innrettelse være absolutt, for da vil ikke formålet om å gi beskyttelse til de som faktisk har behov, ha noen funksjon. Dette viser at disse formålene i stor grad står mot hverandre i opphørssituasjoner. Imidlertid vil ikke en innføring av en forholdsmessighetsvurdering forringe formålene på noen som helst måte, men det kan heller

¹⁵⁵ Rt. 2010 s. 858 avsnitt 41.

¹⁵⁶ Rt. 2010 s. 858 avsnitt 42.

ikke utledes at formålene klart tilsier at det er nødvendig å innfortolke en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e. Etter dette gir ikke formålet noe klart bidrag.

Videre er det ingen generell bestemmelse om forholdsmessighet i konvensjonen, slik som utl. § 70 for utvisningssaker. Det er dermed ingen forholdsmessighetssystematikk i konvensjonen for øvrig.

I tillegg har FK artikkel 1 C nr. 5 allerede en unntaksbestemmelse fra opphørsgrunnene med «compelling reasons». At det i tillegg skulle gjelde en forholdsmessighetsvurdering vil medføre at unntaksbestemmelsen blir overflødig. Ytterligere gjelder bestemmelsen om non-refoulement i artikkel 33, som også gir et vern utover beskyttelsesvurderingen. Bestemmelsen innebærer at oppholdsstaten som hovedregel ikke kan returnere utlendingen dersom det er fare for liv og frihet.¹⁵⁷ Sammen sørger disse bestemmelsene for å dekke både humanitære, personlige og sosiale behov slik at det ikke gjenstår noe behov for å vurdere om tiltaket er forholdsmessig. Det kan dermed ikke utledes av konvensjonsteksten, formålet og konteksten at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering.

Uttalelser fra UNHCR fungerer som supplerende tolkningsmomenter, jf. Wien-konvensjonen artikkel 32. Verken håndboken eller retningslinjene til UNHCR uttaler noe om at det forutsettes anvendelse av en forholdsmessighetsvurdering etter FK artikkel 1 C nr. 5.

Imidlertid fremgår det av UNHCR sine retningslinjer om tvingende grunner i FK artikkel 1 C nr. 5, at det legges opp til en rimelighetsvurdering, jf. formuleringen «(...)the person cannot reasonably be expected to return».¹⁵⁸ Det er ikke noe klart skille mellom en rimelighetsvurdering og en forholdsmessighetsvurdering da begge tjener å unngå urimelige resultater. Uttalelsen kan derfor tas til inntekt for at UNHCR har tilsiktet at de urimelige og uforholdsmessige tilfellene av opphør skal beskyttes gjennom unntaksvilkåret om tvingende grunner. Imidlertid er det, som vist i kapittel 3, forholdene i hjemlandet som er styrende for vurderingen og ikke eksempelvis flyktingens etablerte liv i Norge. Da ivaretas ikke disse interessene i rimelighetsvurderingen etter unntaksvilkåret.

¹⁵⁷ Jf. FK artikkel 33 nr. 1.

¹⁵⁸ UNHCR, *Guidelines on Exemption Procedures in respect of Cessation Declarations*, desember 2011 punkt 5.2 avsnitt 26. <http://www.refworld.org/docid/4eef5c3a2.html> (Lest 16.04.2018).

Heller ikke UNHCRs Executive Comitee uttalte noe om at de forutsatte en forholdsmessighetsvurdering i FK artikkel 1 C nr. 5 i sin konklusjon vedrørende opphørsklausulen. De bemerker imidlertid at de anbefaler oppholdsstaten å ha ordninger som sørger for å ivareta de flyktningene som i sin oppholdstid har etablert sterke bånd i oppholdsstaten.¹⁵⁹ Uttalelsen kan derfor brukes som argument for at en forholdsmessighetsvurdering vil bidra til å ivareta de interessene som ikke dekkes av unntaksvilkåret i FK artikkel 1 C nr. 5. Er flyktningens etablert bånd i oppholdslandet for sterke kan opphøret av den grunn anses som uforholdsmessig.

Etter uttalelsene fra UNCHR kan det heller ikke påvises et krav om en forholdsmessighetsvurdering i opphørstilfellene. Men deres anbefaling om ordninger som ivaretar flyktningens etablerte bånd i oppholdslandet, viser at en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e, vil være et positivt bidrag til dette.

4.3.2 EUs statusdirektiv artikkel 11 nr. 1 og nr. 2

EUs statusdirektiv artikkel 11 regulerer opphør for utlendinger fra tredjeland eller statsløse personer.¹⁶⁰ Artikkelen lyder:

«A third-country national or a stateless person shall cease to be a refugee if he or she(...)can no longer, because the circumstances in connection with which he or she has been recognised as a refugee have ceased to exist, continue to refuse to avail himself or herself of the protection of the country of nationality;(...) In considering points (e) and (f) of paragraph 1, Member States shall have regard to whether the change of circumstances is of such a significant and non-temporary nature that the refugee's fear of persecution can no longer be regarded as well-founded.»

Ordlyden er noe ulik FK artikkel 1 C nr. 5 og utl. § 37 første ledd bokstav e, men den har likevel ingen elementer som gir grunn til å utlede en forholdsmessighetsvurdering.

Det er heller ikke uttalt noe krav om forholdsmessighet fra EU-domstolen hva gjelder statusdirektivet artikkel 11 nr. 1 og nr. 2. I saken Abdulla and Others v. Tyskland uttalte domstolen at opphørsklausulen skal forstås som at opphør av flyktningstatus inntreffer når det

¹⁵⁹ UNHCR, Cessation of Status No. 69 (XLIII) – 1992 avsnitt (e).
<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c431c/cessation-status.html> (Lest 16.04.2018).

¹⁶⁰ Direktiv 2011/95/EU (Statusdirektivet).

har skjedd endringer i hjemlandet knyttet til flyktingens beskyttelsesbehov og flyktingen ikke har andre grunner for å frykte forfølgelse i hjemlandet.¹⁶¹

EU-retten har dermed ikke noe krav om at det for opphør av flyktingstatus skal foretas noen forholdsmessighetsvurdering.

4.3.3 EMK artikkel 8

4.3.3.1 Innledning

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8 verner menneskers rett til respekt for familieliv og privatliv. Konvensjonen er inkorporert i norsk lov og har i tillegg forrang ved motstrid med nasjonale lover, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3.¹⁶² Konvensjonen lyder:

«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.»

Som flykting med innvilget asyl begynner man å leve et liv i oppholdslandet. Man etablerer seg, begynner i jobb eller skole, deltar på fritidsaktiviteter og får et sosialt nettverk. Selv om retten til vern som flykting er en midlertidig rettighet, skal flyktingen i mange situasjoner behandles likt som oppholdsstatens egne statsborgere og andre utlendinger.¹⁶³ Oppholdsstaten har også en aktiv plikt til å inkludere flyktingen i samfunnslivet etter FK artikkel 34. Dette bidrar til integrering av flyktingen i samfunnet. Opphør av flyktingstatus kan oppleves som et inngrep i flyktingens etablerte liv. Det kan medføre familiesplittelse og det kan føre til at flyktingen ikke får opprettholde sitt tilvante liv i oppholdslandet. Dette betyr at EMK artikkel 8 kan få betydning i avgjørelser om opphør av flyktingstatus etter utl. § 37 første ledd bokstav e.

¹⁶¹ EU-domstolen, sak C-175/08 2. mars 2010 *Abdulla and Others v. Germany* avsnitt 76.

¹⁶² Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett(menneskerettighetsloven).

¹⁶³ Se FK kapittel IV.

For denne oppgavens vedkommende er det EMK artikkel 8 nr. 2 som gjør konvensjonsbestemmelsen aktuell. Der oppstilles det en forholdsmessighetsvurdering som ett av tre nødvendige vilkår som må tilfredsstilles for at inngrep i bestemmelsens vern er legitimt.¹⁶⁴ Spørsmålet er derfor om det er så enkelt for en flyktning å falle inn under vernet i EMK artikkel 8 at det gjør en innfortolkning av en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 unødvendig all den tid den sikres etter EMK artikkel 8. Av den grunn er hovedfokuset i det følgende på når en flyktning faller inn under vernet i EMK artikkel 8. Det er det som er avgjørende for EMK artikkel 8 sin betydning for forholdsmessighetsproblematikken i utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.3.3.2 Forholdet til Grunnloven § 102

Retten til respekt for familielivet og privatlivet er også forankret i Grunnloven § 102. Formålene bak grunnlovfesting av menneskerettighetene i 2014, var å løfte de allerede eksisterende menneskerettighetene i EMK inn i Grunnloven fordi det ville «(...)tydeliggjøre hvilke kjerneverdier som er fundamentale i det norske samfunn.»¹⁶⁵

Forholdet mellom Grl. § 102 og EMK artikkel 8 ble klarlagt i Rt. 2015 s. 93 i avsnitt 57 og 60. Der presiserte Høyesterett at Grl. § 102 skal tolkes i lys av EMK artikkel 8. Det ble også understreket at vernet etter Grl. § 102 ikke er absolutt, slik at det er mulig å gjøre inngrep i rettighetene etter samme mønster som i EMK artikkel 8 nr. 2.¹⁶⁶

Høyesterett presiserte imidlertid at de ved tolkningen av Grl. § 102 ikke anså seg like bundet av fremtidig praksis fra EMD, for menneskerettighetene som nå var forankret i Norges Grunnlov. Det ble begrunnet med at det er «(...)Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».¹⁶⁷ Internasjonal domstolpraksis, da særlig fra EMD, vil dermed ha en større veiledende virkning enn bindende virkning for Norge hva gjelder menneskerettigheter som nå er forankret i egne grunnlovsbestemmelser.

¹⁶⁴ Aall (2015) s. 214.

¹⁶⁵ Menneskerettighetsutvalget (2011) Dokument 16 (2011-2012), 19. desember 2011 s. 48.

¹⁶⁶ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 60.

¹⁶⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

For selvstendige drøftelser av EMK er imidlertid EMD øverste domstol for å utvikle rettighetene.¹⁶⁸ Forståelsen EMD har av innholdet i konvensjonsbestemmelsene skal i norsk rett som utgangspunkt fortsatt forstås på samme måte som EMD.¹⁶⁹

Av disse grunner vil det i det følgende kun foretas en behandling av EMK artikkel 8 på selvstendig grunnlag. Men det som konkluderes må også kunne sies å gjelde for Grl. § 102, med mindre praksis fra Høyesterett vedrørende Grl. § 102 tilsier at vernet etter Grl. § 102 strekker seg lengre eller kortere enn vernet etter EMK artikkel 8.

4.3.3.3 Når faller en flyktning inn under EMK artikkel 8?

Opphør av flyktningstatus kan medføre at flyktingens familie blir splittet fordi det kun er flyktingen som må returnere til hjemlandet. Familiesplittelse er et inngrep i retten til respekt for familielivet etter EMK artikkel 8.¹⁷⁰ Da er hovedregelen at flyktingen er vernet, med mindre unntaksvilkårene er oppfylt. I disse tilfellene er utlendingsmyndighetene dermed nødt til å foreta en forholdsmessighetsvurdering av vedtakets innhold. Det tilsier at en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e ikke tilfører noe ytterligere vern der familielivet til flyktingen påvirkes av opphøret.

Et vedtak om opphør av flyktningstatus kan også bryte opp flyktingens tilvante liv i oppholdslandet slik at privatlivet er krenket etter EMK artikkel 8.¹⁷¹ Også for disse tilfellene er utlendingsmyndighetene forpliktet til å foreta en forholdsmessighetsvurdering.

For flyktinger vil graden av beskyttelse av privatlivet være styrt av om flyktingen regnes som «settled migrant».¹⁷² Regnes ikke flyktingen som «settled migrant», må det foreligge «exceptional circumstances» for at privatlivet likevel skal være vernet etter EMK artikkel 8.¹⁷³ Som «settled migrants» regnes «persons who have already been granted formally a right of residence in a host country».¹⁷⁴ Det innebærer at innvandreren må ha en form for formalisert og lovlig oppholdstillatelse. Spørsmålet blir derfor hva som menes med dette og om flyktningstatus er en oppholdstillatelse som tilfredsstillende denne betegnelsen.

¹⁶⁸ Aall (2015) s. 43.

¹⁶⁹ Aall (2015) s. 106.

¹⁷⁰ Rt. 2013 s. 449 avsnitt 90 og Aall (2015) s. 240-241.

¹⁷¹ Rt. 2013 s. 449 avsnitt 90, Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 70-71 og EMDs dom 18. oktober 2006 *Üner mot Nederland* avsnitt 59.

¹⁷² Rt. 2013 s. 449 avsnitt 95.

¹⁷³ Rt. 2012 s. 2039 avsnitt 80 og EMDs dom 4. desember 2012 *Butt mot Norge* avsnitt 79.

¹⁷⁴ EMDs dom 3. oktober 2014 *Jeunesse mot Nederland* avsnitt 104.

Hittil er det ingen dommer fra EMD der vurderingen av «settled migrant» omhandler opphør av flyktningsstatus. Men det eksisterer dommer for andre oppholdstillatelser der domstolen vurderer om klagerens privatliv er vernet av EMK artikkel 8 og således om klageren regnes som en «settled migrant». De kan derfor tillegges relevans for EMK artikkel 8 sin betydning i saker om opphør av flyktningsstatus.

I saken *Osman mot Danmark* konstaterer EMD at saksøkeren er en «settled migrant» uten å vurdere dette noe nærmere.¹⁷⁵ Saksøkeren hadde bodd mesteparten av barndommen i oppholdslandet, til sammen 8 år og saken gjaldt avslag på oppholdstillatelse i forbindelse med familiegjenforening.

Maslov mot Østerrike gjaldt utvisning av utlending med permanent oppholdstillatelse som følger av straffbare handlinger. Domstolen bemerket også da at oppholdstid har en sentral betydning i vurderingen av om man er en «settled migrant», jf. formuleringen «(...)the Court observes that not all settled migrants, no matter how long they have been residing in the country from which they are to be expelled...».¹⁷⁶ Uttalelsen viser at lang oppholdstid og hvem som er «settled migrant» har en viktig relasjon.

I saken *Butt mot Norge* var det et pakistansk søskenpar som skulle bli utsendt fra Norge grunnet tilbakekall av permanent oppholdstillatelse. Domstolen konkluderte med at søskenparet ikke var «settled migrants» til tross for et langvarig opphold i Norge med den grunn at mesteparten av deres opphold, omtrent 17 år, hadde vært ulovlig.¹⁷⁷ Det ble likevel konstatert en krenkelse av privatlivet grunnet «exceptional circumstances», fordi norske myndigheter var passiv under håndteringen av saken, og at klagerne både fullførte skolegang og stiftet familie i Norge, slik at også retten til respekt for familielivet fikk betydning. I alle tilfeller illustrerer saken at lang oppholdstid som hovedregel kvalifiserer til å være «settled migrant», men at oppholdstiden som hovedregel ikke overgår en oppholdstillatelse som ikke er lovlig.

Det som kan utledes fra EMD-praksis er at de som regnes som «settled migrants» ofte har oppholdt seg langvarig i oppholdslandet med en lovlig oppholdstillatelse. En flyktningsstatus som har oppholdt seg ulovlig vil aldri være en «settled migrant».

¹⁷⁵ EMDs dom 14. juni 2011 *Osman mot Danmark* avsnitt 65.

¹⁷⁶ EMDs dom 23. juni 2008 *Maslov v Austria* avsnitt 63.

¹⁷⁷ EMDs dom 4. desember 2012 *Butt mot Norge* avsnitt 78.

Fra nasjonal rett kom Høyesterett til at partene var «settled migrants» fordi de hadde permanent oppholdstillatelse som hadde vært fornyet minst en gang.¹⁷⁸ I saken hadde klagerne oppholdt seg minst 10 år i Norge og alle var innvilget permanent oppholdstillatelse. Høyesterett uttaler ikke noe om de anser permanent oppholdstillatelse som et krav for å være «settled migrant».

I Rt. 2013 s. 449 var klagerne ikke «settled migrants» grunnet et ulovlig opphold i Norge i 7 år og det forelå heller ikke «exceptional circumstances».¹⁷⁹

Etter dette er en «settled migrant» en utlending med en eller annen form for lovlig oppholdstillatelse som har bodd i vertslandet i lengre tid og har etablert en tilknytning der. Spørsmålet videre er om flyktningstatus tilfredsstiller disse kravene.

Innvilgelse av flyktningstatus gir lovlig oppholdstillatelse gjennom et formalisert vedtak om asyl. Kravet om lovlig opphold er dermed oppfylt. At flyktningstatusen opphører innebærer ikke i seg selv at privatlivet krenkes. Det er først når opphøret medfører at flyktningen må forlate landet fordi flyktningen ikke får opphold på andre grunnlag at vernet i EMK artikkel 8 aktualiseres. Det er først da at flyktningens privatliv blir innskrenket.

Om flyktningen er «settled migrant», vil dermed måtte variere fra sak til sak, avhengig av oppholdstiden til hver flyktning og hvilken tilknytning som skapes. Siden oppholdstillatelsen i utgangspunktet er en midlertidig oppholdstillatelse for tre år, vil en flyktning som ikke får fornyet oppholdstillatelsen, men får den opphørt, sannsynligvis ikke regnes som «settled migrant», ut fra botidslengden EMD har oppstilt. Etter dette kan det fastslås at flyktningstatus ikke nødvendigvis er en oppholdstillatelse som gir krav på og regnes som «settled migrant».

Dersom flyktningen ikke regnes som «settled migrant», viser Butt mot Norge at det er en høy terskel for likevel å være vernet av EMK artikkel 8. Det taler for at en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e, tilfører flyktningen et vern utover EMK artikkel 8. Den vil omfatte alle flyktninger, uavhengig av om de er «settled migrants», noe som tilsier at en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e er nødvendig.

¹⁷⁸ HR-2016-2017-A avsnitt 55-57.

¹⁷⁹ Rt. 2013 s. 449 avsnitt 97-100.

Så blir spørsmålet hvordan standpunktet ovenfor skal benyttes for utl. § 37 første ledd bokstav e. EMK artikkel 8 er nemlig ikke en bestemmelse som kan brukes til å gi utlendinger et bestemt oppholdsgrunnlag.¹⁸⁰ EMK artikkel 8 skal brukes der staten har gjort inngrep i menneskers privatliv og familieliv, og i de tilfellene kan den pålegge staten å gi opphold slikt at rettighetene kan utøves. En oppstilling av et forholdsmessighetsvilkår kan bety at flere utlendinger får opphold og som vist, vil ikke opphør av flyktningstatus alltid medføre et inngrep i EMK artikkel 8. Av den grunn kan ikke EMK artikkel 8 brukes som en ren innfortolkningshjemmel av et forholdsmessighetsvilkår i utl. § 37 første ledd bokstav e. Det blir å tillegge EMK artikkel 8 feil funksjon ut fra sitt formål. Det konvensjonsbestemmelsen kan bidra med er å inngå i en større masse av rettskilder der alle taler for en innfortolking av et forholdsmessighetsvilkår i utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.3.3.4 Oppsummering

EMK artikkel 8 sitt anvendelsesområde tilsier at en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e ikke er unødvendig. For flyktninger aktualiseres EMK artikkel 8 når opphør av flyktningstatus medfører familiesplittelse eller et inngrep i privatlivet når flyktningene er «settled migrants». Av den grunn kan flere flyktninger falle utenfor EMK artikkel 8 sitt vern. Det tilsier at forholdsmessighetsvurderingen i opphør av flyktningstatus ikke alltid er vernet av EMK artikkel 8. EMK artikkel 8 viser derfor at det ikke er unødvendig å oppstille en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e. Imidlertid kan EMK artikkel 8 bare fungere som bidrag i vurderingen og ikke som en selvstendig hjemmel for innfortolking av en forholdsmessighetsvurdering i utl. § 37 første ledd bokstav e.

4.3.4 Foreløpig konklusjon

Det kan ikke innfortolkes et vilkår om forholdsmessighet i utl. § 37 første ledd bokstav e etter internasjonale rettskilder.

4.4 Konklusjon

Forståelsen av utl. § 37 første ledd bokstav e hva gjelder oppstilling av et forholdsmessighetsvilkår, er i dette kapittelet blitt vurdert etter norske og internasjonale rettskilder. Vurderingen viser at det er overvekt av rettskilder som taler mot at utl. § 37 første ledd bokstav e mener å oppstille et slikt krav.

¹⁸⁰ Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, 4. utgave, København 2017 s. 934.

Blant de norske rettskildene er det først og fremst reelle hensyn og lovens systematikk som kan legitimere en innfortolkning av et forholdsmessighetsvilkår, men de får liten vekt i forhold til det som kan utledes av de resterende rettskildene. De resterende rettskilder er flere og det som taler sterkest imot er at verken lovteksten eller forarbeidene oppstiller en forholdsmessighetsvurdering. Når det i tillegg foreligger en fersk uttalelse fra Høyesterett som også er imot oppstilling av en forholdsmessighetsvurdering, vil en konklusjon i motsatt retning være alt for tynn hva gjelder rettskildemessig forankring. Av den grunn kan det ikke konkluderes med annet enn at det samlede rettskildebildet av norske rettskilder viser at det ikke kan innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i utl. § 37 første ledd bokstav e.

Når det gjelder de internasjonale rettskildene viser de at det ikke er problematisk om Norge oppstiller en forholdsmessighetsvurdering i opphørsspørsmål. Det vil aldri krenke våre internasjonale forpliktelser. Likevel, er det ingen momenter i de internasjonale kildene som tilsier at dette er noe som Norge er pålagt å gjøre. Det er forholdet til EMK artikkel 8 som gir gode grunner for en forholdsmessighetsvurdering etter utl. § 37 første ledd bokstav e, slik at de som ikke er «settled migrants» også får prøvd forholdsmessigheten. Imidlertid er EMK artikkel 8 bare et bidrag og kan ikke fungere som en selvstendig innfortolkningshjemmel. Dette momentet kunne fått større betydning dersom de norske rettskildene var mer sprikende.

Konklusjonen er etter dette at det ikke kan innfortolkes et forholdsmessighetsvilkår i utl. § 37 første ledd bokstav e.

5 Noen rettspolitiske konsekvensbetraktninger

Å opphøre menneskers oppholdstillatelse uten en vurdering av om tiltaket er forholdsmessig kan for mange fremstå som strengt og inhumant. Forholdsmessighetsvurderinger er gjerne forbundet til å være noe positivt som forhindrer urimelige utfall, en skranke som bidrar til å ivareta enkeltmenneskers rettssikkerhet i møte med myndighetene. Dette har nok mye å gjøre med den store innvirkningen den europeiske menneskerettighetskonvensjonen har fått i Norge.

Forholdsmessighetsvurderingen har forplantet seg i rettssystemet og blitt et viktig argument for menneskers rettssikkerhet. I utgangspunktet kunne enhver bestemmelse med inngripende rettsfølger overfor enkeltmennesker hatt en forholdsmessighetsvurdering. Men det er ikke nødvendig i de tilfellene der menneskenes rettssikkerhet likevel blir ivaretatt. Det er derfor viktig at vurderingen ivaretar sin funksjon og eksisterer der det faktisk er nødvendig.

Det beste hadde egentlig vært om ingen lovbestemmelser trengte helhetsvurderinger, interesseavveininger eller forholdsmessighetsvurderinger. For borgeren ville det vært enklere å forutse sin rettsstilling og slippe å undre seg over hvilke hensyn myndighetene vil vektlegge mest. Imidlertid er det ikke til å komme unna at skjønsmessige vurderinger er nødvendige for å ivareta menneskers individuelle behov.

Det betyr likevel ikke at enhver handling myndighetene foretar overfor enkeltmennesker behøver en skjønsmessig vurdering i form av en forholdsmessighetsvurdering for å ivareta personens rettssikkerhet.

Utl. § 37 første ledd bokstav e er en god regel fordi den ivaretar utlendingens rettssikkerhet. Vernet skjer ikke gjennom et forholdsmessighetsvilkår, men i samspill med andre regler i utlendingsloven. Bestemmelsen kan også prøves for domstolen og de har sin fulle rett til å underkjenne vedtak der forvaltningen har mistolket vilkårene i utl. § 37 første ledd bokstav e eller utelatt å vurdere øvrige bestemmelser av relevans i saken. Dette ble resultatet i HR-2018-572-A.

Utl. § 37 første ledd bokstav e er også en god regel fordi den ivaretar formålet med asylinstituttet om at det er mennesker med et reelt behov for beskyttelse som skal få det. Den lar øvrige regler i utlendingsloven og internasjonale konvensjoner ta seg av forhold som er av betydning utenfor beskyttelsesvurderingen og skaper derfor klare rammer for sitt anvendelsesområde. Det gjør det enklere å klarlegge dens innhold, noe som tjener både rettsanvenderne og de berørte av bestemmelsen.

Det er likevel ingen tvil om at regelen oppleves som skremmende og inngripende, og den har vist seg å være en del av et politisk mål om en strengere innvandringspolitikk. Da kan det oppleves som betryggende for borgerne om bestemmelsen oppstiller en forholdsmessighetsvurdering, slik at de vet at vedtakets forholdsmessighet kan prøves av domstolene. Vurderingen vil gjøre andre bestemmelser i utlendingsloven overflødig i relasjon til utl. § 37 første ledd bokstav e, men de vil fortsatt gjelde for andre bestemmelser i utlendingsloven.

Enn så lenge må dette bli et spørsmål som lovgiver må ta standpunkt til. Og tar det tid er ikke det farlig, for utlendingens rettssikkerhet er allerede ivaretatt.

6 Referanseliste

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015).

Aulstad, Johan Greger «Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-695-A)», *Jussens venner*, 04/2008 s. 262-273.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave (Oslo 2014).

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utgave (Oslo 2001).

Einarsen, Terje, *Retten til vern som flyktning* (Bergen 2000).

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015).

Graver, Hans Petter, «Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser», *Lov og rett*, 1995 s. 279-306.

Harbo, Tor-Inge «Forholdsmessighet i kontekst», *Lov og rett*, 2015 s. 513-535.

Kjøbro, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvention – for praktikere*, 4. utgave (København 2017).

Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten», *Lov og rett*, 1995 s. 307-322.

Øyen, Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utgave (Oslo 2018).

Lovgivning og forskrifter

Lov 17. mai 1814 om Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven, Grl).

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fvl).

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven, mrl).

Lov 4. juli 2003 nr. 80 om introduksjonsordning og norskopplæring for nyankomne
innvandrere (introduksjonsloven, introl).

Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her
(utlendingsloven, utl).

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

Lovforarbeider

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

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

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

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

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

Prop. 149 L (2016-2017) Endringer i utlendingsloven mv. (videreføring av innstramninger
mv.).

Norsk rettspraksis

Avgjørelser fra Høyesterett

HR-2018-572-A.

HR-2016-2017-A.

Rt. 2015 s. 93.

Rt. 2015 s. 1388.

Rt. 2013 s. 449.

Rt. 2012 s. 2039.

Rt. 2011 s. 304.

Rt. 2010 s. 858.

Rt. 2008 s. 560.

Rt. 2000 s. 1060.

Rt. 2000 s. 996.

Rt. 1981 s. 745.

Rt. 1961 s. 910.

Avgjørelser fra lagmannsretten

LB-2016-10920.

LB-2016-105126.

LB-2016-111773.

LB-2016-12981.

Avgjørelser fra tingretten

TOSLO-2015-56331.

Forvaltningspraksis

Utlendingsdirektoratet (2017) *IM 2017-003 UDIs oppgaver i tilbakekallssaker*, 20. august 2017 (<https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-interne-meldinger/im-2017-003/>, lest 25.04.2018).

Justis- og beredskapsdepartementet (2016) *GI-14/2016 Revidert instruks om tilbakekall av flyktningsstatus og oppholdstillatelse når beskyttelsesbehovet er bortfalt, jf. utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e og f*, 30. september 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/>, lest 25.04.2018).

Internasjonale konvensjoner

Convention relating to the Status of Refugees, vedtatt 28. juli 1951
(Flyktningkonvensjonen eller FK).

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

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, vedtatt 4. november 1950
(Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, EMK).

United Nations, Universal Declaration of Human Rights, vedtatt 10. desember 1948
(FNs verdenserklæring om menneskerettighetene, menneskerettighetserklæringen).

Kilder fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR)

UNHCR, *Cessation of Status No. 69 (XLIII)*, 9. oktober 1992.
(<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c431c/cessation-status.html>, lest 24.04.2018).

UNHCR, *Guidelines on international protection: Cessation of Refugee Status under Article 1 C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the «Ceased Circumstances» Clauses)*, 10. februar 2003.
(<http://www.unhcr.org/publications/legal/3e637a202/guidelines-international-protection-3-cessation-refugee-status-under-article.html>, lest 13.04.2018).

UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees* (håndboken), desember 2011.
(<http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>, lest 13.04.2018).

UNHCR, *Guidelines on Exemption Procedures in respect of Cessation Declarations*, desember 2011.

(<http://www.refworld.org/docid/4eef5c3a2.html>, lest 24.04.2018).

Avgjørelser fra den europeiske menneskerettsdomstol

Maslov v. Austria, 26. juni 2008.

Osman v. Denmark, 14. juni 2011.

Butt v. Norway, 4. desember 2012.

Jeunesse v. The Netherlands, 3. oktober 2015.

Üner v. The Netherlands, 18. oktober 2006.

EU-kilder

Sak C-175/08, *Abdulla and Others v. Germany*, 2. mars 2010.

Direktiv 2011/95/EU (statusdirektivet).

Øvrige kilder

Einarsen Terje, Elin Skaar og Vigdis Vevstad, *Komparativ studie av Flyktningekonvensjonen artikkel 1 F (eksklusjon) og artiklene C-E (opphørsgrunnene)*, Bergen 2006.

(https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/komparativ-studie-av-flyktningekonvensjonen.pdf, lest 25.04.2018).

Terje Einarsen (2015) «Kommentar til utl. § 37 første ledd bokstav e», i *Norsk lovkommentar, Gyldendal rettsdata*, lest 14.04.2018).

Dokument 16 (2011-2012) *Rapport fra Menneskerettsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven*, 19. desember 2011.

Dokument 12:17 (2015-2016) *Grunnlovsforslag 17 fra Michael Tetzchner, Erik Skutle, Gunnar Gundersen, Bente Stein Mathisen og Heidi Nordby Lunde om endring i § 98 (forbud mot uforholdsmessig inngrep i borgernes frihetssfære)*, 30. september 2016.

Stortingsmøte 03.12.2015: <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Referater/Stortinget/2015-2016/151203/2/#asylforlik>, lest 06.04.2018).

Justis- og beredskapsdepartementet (2016) *Tildelingsbrev til utlendingsdirektoratet*, 22.12.2016.

https://www.regjeringen.no/contentassets/23751a30c2a24f23ac8f646973dc9bf4/2017/Tildelingsbrev_UDI_2017.pdf, lest 14.04.2018).