

Dette er en nokså tradisjonell teorioppgave. Sensorene bes være oppmerksomme på at læringskravet på masternivå er blant annet «forståelse» av «forholdet mellom norsk rett og internasjonale konvensjoner». Læreboken er Øyvind Dybvik Øyen (red.), Lærebok i utlendingsrett (Universitetsforlaget, 2018).

Spørsmålet er i hovedsak behandlet i læreboken kap. 2., men kandidatene kan også trekke inn andre deler av pensum. Det vil være naturlig for kandidatene å først slå fast at internasjonale forpliktelser og UNHCRs anbefalinger er relevante kilder i tolkingen av utlendingsloven.

Kandidaten må finne frem til utl. § 3 om sektormonisme. Dette kan gjøres gjennom å først slå fast at norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp, hvilket innebærer at man ser norsk og internasjonal rett som to separate rettssystemer. Dette betyr at for å bli en del av norsk rett må internasjonale regler gjennomføres særskilt, normalt då en norsk lov henviser til en internasjonal konvensjon. Vid motstrid mellom norsk regel og en internasjonal regel er det normalt slik at den norske regelen går foran. Kandidatene må deretter løfte frem at det er annerledes for utlendingsretten. Her gjelder sektormonisme. Som fastslås av utl. §3 er internasjonal rett en del av utlendingsretten: utlendingsloven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling».

Kandidaten skal også drøfte hva som her menes med internasjonale regler. Dette gjelder i prinsippet alle folkerettslige regler, både universelle og regionale, nåværende og fremtidige. Det er ønskelig at studenten sier noe om de tre sentrale kildene: konvensjoner, sedvane og alminnelige rettsprinsipper. Og videre at studenten peker på de mest sentrale konvensjonene på utlendingsrettens område: Flyktningkonvensjonen av 1951 og Den europeiske menneskerettskonvensjonen av 1950, men gjerne også FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP); Torturkonvensjonen av 1984 (TK); Barnekonvensjonen av 1989.

Kandidaten må gjerne også vise at i tillegg har EU-retten stor påvirkning på Norge når det gjelder utlendingsretten. Norge er bundet av en rekke rettskilder som følge av Dublin-samarbeidet når det gjelder ansvaret for behandling av asylsøknader, og Schengen-samarbeidet om felles yttergrenser. EU har også opprettet ett felles regelverk på asylfeltet, the Common European asylum system (CEAS). Selv om Norge ikke er medlem av EU har enkelte direktiv har likevel hatt stor betydning på norsk rett. Et eksempel her er Statusdirektivet som inneholder vilkår for flyktningstatus og beskyttelse i EU.

Kandidaten kan også vise til Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD), som kan behandle klager fra enkeltindivider og treffe rettslig bindende avgjørelser i enkeltsaker. Domstolen har med tiden blitt en sentral resurs når det gjelder beskyttelse av utlendingers rettigheter, ikke minst fordi medlemsland som Norge må rette seg etter en avgjørelse fra domstolen.

Kandidaten må gjerne også si noe om hensikten bak § 3 utlendingsloven, nemlig at formålet er å styrke utlendingers rettigheter i Norge. Utlendingsloven må tolkes i samsvar med menneskerettighetene, og det skal velges den tolkning som er mest i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, jf. Prp. 2. 401. Kandidater som også oppmerksommer at en utlending kan anlegge søksmål for en norsk domstol og kreve en rett direkte etter flyktningkonvensjonen dersom et vedtak eller en norsk lovbestemmelse ikke er i tråd med konvensjonen, kan få pluss for dette.

Det sentrale for oppgaven blir å få frem en redegjørelse av hva som gjelder i tilfelle motstrid mellom utlendingsloven og for eksempel flyktningkonvensjonen. Av forarbeidene fremgår at

det da skal sees bort fra loven og følge Norges internasjonale forpliktelser. Så hvis loven sier noe annet enn konvensjonen så gjelder konvensjonen. Bestemmelse skal altså sikre at menneskerettighetene gjennomføres i norsk utlendingsrett. Den oppmerksomme kandidaten vil også sette dette i sammenheng med Grunnlovens §92 som skal sikre og respektere de menneskerettighetene som Norge er bundet av. Og også menneskerettighetsloven fra 1999 sier at bestemte menneskerettighetskonvensjoner skal gjelde som norsk lov og gå foran andre lover ved motstrid.

Den særlig oppmerksomme kandidaten vil også løfte frem Høyesteretts dom 17. mars 2017 (HR-2017-569-A) som gjaldt spørsmålet om en regel i utlendingsloven § 28 fjerde ledd skulle tolkes innskrenkende fordi den var i strid med flyktningkonvensjonen art. 1 A (2). Høyesterett kom til at den ikke var det. En annen relevant sak i Høyesterett gjaldt flyktnings rett til å flykte ved bruk av falske dokumenter, der Høyesterett konkluderte med at den norske praksisen var for streng når bruk av falske dokumenter førte konsekvent til 45 dagers fengselsstraff. Høyesterett mente blant annet at praksisen var basert på upresise retningslinjer fra Riksadvokaten og en feilaktig oversettelse og tolkning av flyktningkonvensjonens begrep «without delay».

Kandidatene kan også ta en diskusjon om tolkning av internasjonale konvensjoner med utgangspunkt i tolkningsprinsippene i Wien-konvensjonen av 1969 art. 31-33 (alminnelig språklig forståelse, god tro osv.). Her vil spørsmålet om en stat har en viss frihet å tolke flyktningkonvensjonen ut fra sine nasjonale hensyn og behov være det mest sentrale. Da bør kandidaten løfte frem at spørsmålet om en viss skjønnsmargin er ikke endelig avgjort i norsk rett, og de særlig oppmerksomme vil vise til Høyesteretts håndtering av dette spørsmålet. I Abdi-dommen (Rt. 1991 s 596) slo Høyesterett fast at domstolene skulle vise tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens tolkning av flyktningbegrepet så lenge man var utenfor begrepets kjerneområde og hadde fortatt en samvittighetsfull fortolkning. Selv om dette synet har blitt lagt til grunn i forvaltningspraksis og rettspraksis har den blitt kritisert i norsk juridisk teori. Høyesterett understreker i Rt. 2010 s. 858 videre at domstolene skal foreta en selvstendig og uavhengig tolkning av flyktningkonvensjonen basert på alminnelige tolkningsprinsipper, men i en plenumsavgjørelse i Rt. 2015 s. 1388 går Høyesterett likevel langt i å akseptere at Norge har en viss frihet til å avgjøre hvem som skal ha flyktningstatus.

Videre forventes det at kandidatene før en diskusjon om betydning av internasjonale erklæringer og anbefalinger (soft law). Disse spiller en viktig rolle på utlendingsfeltet og kan bidra til utviklingen av internasjonal rett ved å oppmuntre statene til å påta seg nye forpliktelser. De kan også brukes som tolkningsfaktorer og angi innholdet i en internasjonal regel. De viktigste soft law- instrumentet innenfor utlendingsretten er anbefalingene fra UNHCR. Disse er ikke bindende, men kan bidra til å presisere innholdet i flyktningkonvensjonen. Flyktningkonvensjonen art. 35 nr. 1 fastsetter at UNHCR skal «føre tilsyn» med statenes anvendelse av konvensjonen. To typer anbefalinger er særlig viktige: uttalelser om tolkningen av flyktningbegrepet (tolkningsuttalelser) og uttalelser om beskyttelse av asylsøkere fra bestemte land (landspesifikke anbefalinger). UNHCRs Håndbok om Prosedyrer og Kriterier for å fastsette Flyktnings Rettsstilling inneholder de viktigste tolkningsuttalelsene, og Høyesterett påpeker at Håndboken «generelt sett bør tillegges atskillig vekt» (jf. Rt. 2010 s. 858 avsnitt 44 og Rt. 2012 s. 139 avsnitt 50). Selv om ikke anbefalingene er rettslig bindende tillegges de generelt stor vekt i norsk rett. Kandidater som kobler diskusjonen om tolkningen av flyktningkonvensjonen og UNHCRs anbefalinger til nylig norsk praksis, for eksempel det som skjedde ved Storskog 2015 eller de såkalte «oktoberbarna», vil få plusspoeng.

Som vanlig gjelder at det ikke kan kreves at alle momenter fra pensum er med for å oppnå beste karakter, men studentene må vurderes ut fra hvilke deler av emnet som beskrives, hvilket presisjonsnivå som oppnås, og generelt hvilke kunnskaper og hvilken forståelse de viser. Sensorene må huske på at læringskravet hva gjelder oppgavens tema er «forståelse» (jf. «god forståelse»).

Denne veiledningen er skrevet uten å ha lest noen besvarelser. Hvis sensorene ser gjennomgående trekk ved besvarelsene som bør dekkes av veiledningen for å sikre like sensur mellom kommisjonene, ber jeg om å få kommentarer på e-post: maja.janmyr@nchr.uio.no