

Sensorveiledning for JUR5530 våren 2011

Sensorveiledning til oppgaven:

- I hvilken grad kan kjønnsbasert forfølgelse gi rett til asyl eller opphold i Norge?

Skriftlig eksamen den 30. mai kl. 10:00 (4 timer).

JUR5120 - 15 studiepoeng

JUR1120 - 10 studiepoeng

1) Læringskrav og litteratur

Læringskravet for masteremnet (JUR5120 - 15 studiepoeng) er god forståelse av materielle og prosessuelle regler for utlendingers adgang til riket, arbeid, opphold og bosetting, samt bortvisning og utvisning, og vern mot forfølgelse. Det kreves forståelse av forholdet mellom norsk rett og internasjonale konvensjoner, utlendingers rettslige stilling i Norge, det historiske og politiske grunnlaget for utlendingslovgivningen og rettshjelp. For bacheloremnet (JUR1120 - 10 studiepoeng) kreves kjennskap til disse temaene.

Hovedlitteratur er "Utlendingsloven Kommentartutgave" (red. Vevstad, Universitetsforlaget 2010, 1.utg.). Støttelitteratur er Terje Einarsen "Flyktningers rettsstilling i Norge" (de delene som ikke er pensum), Eli Fisknes, "Utlendingsloven" (de delene som ikke er pensum), Turid Heiberg "Innvandringspolitikk og utlendingslov" (de delene som ikke er pensum), Ot.prp. nr. 17 (1998-99) Om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker mv), St.meld. nr. 17 (1994-95) Om flyktningepolitikken, St.meld. nr. 17 (1996-97) Om innvandring og det flerkulturelle Norge.

2) Tema, disposisjon og avgrensning

Kjønnsbasert forfølgelse er en sentralt og aktuell problemstilling i norsk og internasjonal flyktningrett. Begrepet "kjønnsbasert forfølgelse" har ikke et klart avgrenset innhold. Det er ikke et juridisk begrep (i loven), men kun en samlebetegnelse for de overgrep og menneskerettighetsbrudd som søkeren opplever på grunn av sitt kjønn. Kjønnsbasert forfølgelse kan ramme både menn og kvinner, men rammer som regel kvinner. Noe kort og upresist kan man si at det handler om forfølgelse av kvinner.

I flyktningrettslig teori skiller det av og til mellom kjønnsspesifikk og kjønnsbasert forfølgelse. Kjønnsspesifikk forfølgelse betyr at søkerens biologiske kjønn har betydning for hvordan søkeren forfølges, for eksempel kjønnslemlestelse. Kjønnsbasert betyr at søkerens sosiale kjønn har betydning for årsaken til forfølgelsen. I tillegg brukes kjønnsrelatert forfølgelse om begge former for forfølgelse. Begrepene er ikke viktig i denne sammenheng. De er kun hjelpebegrep og brukes heller ikke konsekvent i flyktningrettslig teori. Det kan ikke forventes at kandidaten kjenner til forskjellene. Begrepet "kjønnsbasert forfølgelse" brukes her i vid forstand (om alle kjønnsrelaterte overgrep). Det viktigste er at kandidaten fremhever ulike former for kjønnsbasert forfølgelse og ser at kjønn kan ha betydning i asylvurderingen (dvs. at loven og konvensjonen skal tolkes og anvendes kjønns sensitivt). I mange tilfeller kan kvinner rammes hardere, oftere, av andre grunner og av andre personer enn menn.

Oppgaven er todelt: Kandidaten bør først drøfte rett til asyl etter utlendingsloven § 28 og deretter opphold på humanitært grunnlag etter § 38. Slik er også lovens system. I asylsaker må forvaltningen først vurdere om søkeren har rett til asyl etter § 28. Dersom søkeren ikke har rett til asyl, må forvaltningen vurdere om det skal innvilges opphold på humanitært grunnlag etter unntaksregelen i § 38, jf. § 28 syvende ledd. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, gir oppgaveteksten ("eller") et hint om at det finnes andre oppholdsgrunnlag enn asyl. Paragraf 38 er en bestemmelse de fleste studenter bør kjenne til.

Det er mulig at vold mot kvinner kan gi rett til (fortsatt) opphold etter andre typer tillatelser, f.eks. familiegjenforening, jf. § 53 første ledd bokstav b. Men dette er klart et asylrettslig tema, noe begrepet "forfølgelse" indikerer. Oppgaven kan fint avgrenses til reglene om asyl, vern og opphold på humanitært grunnlag. Kandidaten bør fokusere på de materielle reglene og ikke fortape seg i prosessuelle regler med mindre man vil fremheve kjønnsespesifikke aspekter ved saksbehandlingen, for eksempel rett til kvinnelig intervjuer og tolk i asylintervju.

Oppgaven er begrenset til asyl eller opphold "i Norge". Det betyr at kandidaten må ta utgangspunkt i utlendingsloven av 2008. Samtidig er det en klar fordel om kandidaten viser til de internasjonale regler og forpliktelser som ligger til grunn for loven og går foran ved en eventuell motstrid, jf. § 3.

3) Rett til asyl

Etter utlendingsloven § 28 annet ledd har en flyktning rett til asyl i Norge. Første ledd oppstiller to alternative (og likestilte) rettsgrunnlag for flyktningstatus i bokstav a og b. Bokstav a krever at søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, 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. Dette tilsvarer den alminnelige flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen av 1951 art. 1 A (2) slik den er modifisert gjennom 1967-protokollen. Bokstav b krever at søkeren står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet. Dette er nytt i loven. Tidligere fikk slike personer rett til vern. I dag får de asyl. Det er også en nyvinning internasjonalt. Bestemmelsen er ment å gjenspeile returvernet i Statusdirektivet art. 15, EMK art. 3, CAT art. 3 og SP art. 7. Denne bestemmelsen gir rett til flyktningstatus og asyl for alvorlige overgrep som ikke er kjønnsbaserte.

De sentrale bestemmelsene er § 28 første ledd bokstav a og flyktningkonvensjonen art. 1 A.

Grunnvilkårene for flyktningstatus er:

- Velbegrunnet frykt: Kjønn er et viktig aspekt i risikovurderingen. I mange land er kvinner langt mer utsatt for overgrep enn menn. De rammes hyppigere og grovere enn menn. Dette gjelder for eksempel i konfliktområder, hvor seksuelle overgrep mot kvinner er en del av krigføringen, eller i land hvor mannen har lov til å straffe kvinnen. Videre kan seksuelle overgrep øke risikoen for nye overgrep. Den som allerede har blitt tvangsprostituert kan lettere bli tvunget inn på nytt.
- Forfølgelse: Forfølgelsesbegrepet er definert i § 29. Etter første ledd må handlingen enten enkeltvis eller på grunn av gjentagelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av artikkel 15 nr. 2 i den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950 eller utgjøre flere forskjellige tiltak, herunder krenkelse av menneskerettigheter, som

til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en lignende måte. I annet ledd bokstav f er det presisert at forfølgelse kan ta form av handlinger "rettet særlig mot kjønn". Selv om det ikke nevnes uttrykkelig, vil bl.a. voldtekt, tvangsprostitusjon, tvangsabort, tvangsekteskap, kjønnslemlestelse, og alvorlige former for diskriminering utgjøre forfølgelse etter § 29. Forfølgelsesbegrepet er relativt i den forstand at sårbare personer kan ha en lavere tålegrense for forfølgelse enn andre. Her kan kjønn spille inn med f.eks. alder, helsetilstand osv.

- Konvensjonsgrunn: De ulike forfølgelsesgrunnene er angitt i § 30. Det mest aktuelle grunnlaget er "sosial gruppe" som i henhold til § 30 første ledd bokstav d skal "særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegnet kan være iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den. Tidligere ofre for menneskehandel skal anses som medlemmer av en spesiell sosial gruppe." Bestemmelsen omfatter både reell og (uriktig) tillagt tilhørighet til gruppen, jf. annet ledd. Det er i dag en klar oppfatning i norsk og internasjonal praksis og teori at kvinner generelt, og i alle fall utsatte grupper av kvinner i et land, kan utgjøre en "spesiell sosial gruppe". De kan ha rett til flyktningstatus dersom de risikerer forfølgelse på grunn av tilhørighet til gruppen (fordi de er kvinner eller tilhører en gruppe av utsatte kvinner). Tidligere ofre for menneskehandel, for eksempel tvangsprostitusjon, er uttrykkelig nevnt som en sosial gruppe. Kjønnrelaterte overgrep kan også ha sammenheng med kvinnens (tillagte) "politisk oppfatning", fordi kvinners handlinger eller ytringer som bryter med sosiale normer (eks. kjønnsrolle, bekledning) blir oppfattet ansett for å være uttrykk for en politisk oppfatning.

- Mangler hjemlandets beskyttelse: Hjemlandets myndigheter kan unnlate å beskytte kvinner mot overgrep fra privatpersoner, eks. fedre eller ektefeller, fordi de har en diskriminerende holdning til kvinner eller fordi kvinner mangler generelt rettsvern.

- Årsakssammenheng: Kravet om årsakssammenheng er oppfylt dersom søkeren risikerer forfølgelse "på grunn av" sin rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning. Etter rettspraksis og teori er kravet også oppfylt dersom myndighetene mangler evne eller vilje til å gi beskyttelse mot forfølgelse på grunn av søkerens rase, religion osv. Dette er en aktuell problemstilling når kvinner utsettes for vold i hjemmet av ektemenn eller andre familiemedlemmer. I en del tilfeller er det ikke årsakssammenheng mellom mishandlingen og en konvensjonsgrunn (at hun er kvinne). Mishandlingen kan ha rent personlige årsaker, eks. ektemannens psykiske tilstand, misnøye, sjalusi, rusproblemer osv. Da kan det virke kunstig å si at den enkelte ektemann mishandler henne fordi hun tilhører den sosiale gruppen av "kvinner". Men i slike tilfeller kan manglende beskyttelse fra myndighetene skyldes at hun tilhører denne gruppen. Myndighetene kan unnlate å gi beskyttelse fordi de har en diskriminerende holdning til kvinner i samfunnet. I så fall er det årsakssammenheng mellom manglende beskyttelse og konvensjonsgrunnen "kvinner". Da kan kvinnen ha rett til flyktningstatus. Dette er også en aktuell problemstilling ved tvangsekteskap. Det kan diskuteres om selve tvangsekteskapet har sammenheng med kvinnens kjønn, fordi også menn skal bli offer for slik tvang. Men dersom myndighetene unnlater å beskytte kvinnen fordi de har en diskriminerende holdning til kvinner, er kravet om årsakssammenheng oppfylt.

En særlig problemstilling er kvinner må akseptere en viss diskriminering eller visse overgrep (eks. ritualer) ut fra hjemlandets sosiale og religiøse normer. En slik kulturrelativistisk tanke har blitt avvist i

flyktningrettslig teori og praksis. Menneskerettighetene er universelle og beskytter kvinner i alle land. Et annet spørsmål er om kvinner bør holde en lav profil for å unngå forfølgelse i hjemlandet, dvs. holde seg innenfor de sosiale normer (bære slør, tie i forsamlinger osv). Dette har også blitt avvist. Tanken er bl.a. at kvinner har rett til å uttrykke seg selv og at flyktningkonvensjonen ville miste sin verdi om flyktningen må en lav profil. I så fall vil man oppnå det samme som forfølgeren ønsket å oppnå. Dersom kvinnen risikerer forfølgelse fordi hun krenker sosiale normer ved å utøve sin rett til ytringsfrihet eller privatliv, vil hun ha rett til asyl. Disse problemstillingene ble særlig fremhevet under Øyens forelesning og i disposisjonen som ligger på studentenes fellesområde.

Mht. bevisvurderingen i asylsaker kan det oppstå tvil om søkerens troverdighet når sentrale opplysninger fremsettes svært sent. Ved kjønnsrelatert forfølgelse, f.eks. voldtekt, kan det være gode grunner til at opplysninger blir fremlagt sent og må aksepteres siden det omhandler svært personlige, traumatiske og tabubelagte forhold.

4) Opphold på humanitært grunnlag

Ved vurderingen av opphold på humanitært grunnlag etter § 38 må de menneskelige hensyn i annet ledd avveies mot innvandringsregulerende hensyn i fjerde ledd. Kvinner som har vært utsatt for kjønnsbasert forfølgelse kan ha særlig behov for opphold, selv om de ikke risikerer forfølgelse ved retur til hjemlandet (Et vilkår for flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav a og b er at det foreligger fremtidig fare for overgrep). De kan ha blitt påført (seksuelt overførbare) sykdommer, psykiske lidelser og traumer. De kan bli stigmatisert, utstøtt og isolert av familie eller lokalbefolkningen. Enslige kvinner med barn kan havne i en svært sårbar og vanskelig situasjon hvis de mangler støtte av familie og venner ved retur. Det må derfor vurderes om retursituasjonen blir så vanskelig at det bør innvilges oppholdstillatelse i Norge på grunn av sterke menneskelige hensyn. Dette er aktuelt for ofre for menneskehandel som nevnes spesielt i § 38. De kan få opphold på grunn av stigmatisering og trakassering. De kan også få en midlertidig tillatelse i en såkalt refleksjonsperiode, jf. forskriften § 8-3 eller varig opphold hvis de vitner i straffesaker mot bakmenn, jf. § 8-4.

5) Bedømmelse

For å bestå må kandidaten kjenne til rettsgrunnlaget og grunnvilkårene for asyl. Kandidaten bør vise til reglene om opphold på humanitært grunnlag i utlendingsloven § 38, men dette er ikke et krav for å bestå. For å få en god karakter bør kandidaten vise hvordan kjønn kan ha innvirkning på asylvurderingen. Kandidaten bør også si noe meningsfylt om kvinners rett til flyktningstatus på grunnlag av tilhørighet til en "sosial gruppe". Kandidaten bør nevne eksempler på kjønnsbasert forfølgelse, for eksempel vold i hjemmet, tvangsekteskap eller tvangsprostituasjon. Videre er det et pluss om kandidaten viser til utenlandske rettsavgjørelser eller anbefalinger fra FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR). Det finnes ingen norske høyesterettsdommer av interesse (bare noen få lagmannsrettsavgjørelser, som studentene ikke kan forventes å kjenne til).