

Sensorveiledning JUR1120 V-21 – endelig versjon

1. Oppgaveteksten

Begge spørsmålene skal besvares. Ved sensuren teller som utgangspunkt begge spørsmål like mye.

Eksamensbesvarelsen har en **øvre grense på 2.500 ord** for begge spørsmål til sammen. Oppgavetittel og kilde- og litteraturliste teller ikke med. Innholdsfortegnelse, overskrifter i teksten og fotnoter teller med. Besvarelser som overskrider ordgrensen, vil få karakteren F. Det foretas ordtelling og plagiatkontroll ved sensur.

Spørsmål 1

I Øyvind Dybvik Øyens «Lærebok i utlendingsrett» (2. utg.) står det på s. 120: «Det er ingen forskjell på vilkårene for ekteskap mellom to personer av samme kjønn, eller av motsatt kjønn.» Og videre: «Siden det er relativt få land som aksepterer ekteskap mellom to av samme kjønn vil denne gruppen av naturlige grunner utgjøre et nokså klart mindretall.» I tillegg er homofili i seg selv straffbart i mange land, slik at etablering av andre former for familieforhold enn ekteskap også kan være ulovlig for likekjønnede par.

Redegjør for reglene om familieinnvandring til Norge for likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt eller homofile ekteskap ikke aksepteres, og gi en vurdering av om reglene innebærer likebehandling i praksis for slike par sammenliknet med ulikekjønnede par.

Spørsmål 2

I Øyvind Dybvik Øyens «Lærebok i utlendingsrett» (2. utg.) står det på s. 42-43: «Anbefalingene fra UNHCR er ikke rettslig bindende, men de tillegges generelt stor vekt i norsk rett.» Uttalelsen gis med henvisning til HR-2017-569-A avsn. 67, hvor Høyesterett uttaler at «[s]elv om det generelt sett er grunn til å legge stor vekt på UNHCRs syn i flyktningsspørsmål ... kan jeg ikke se at uttalelsen her har tilstrekkelig vekt til å kunne veie opp for øvrige rettskilder».

Bruk den nevnte dommen i HR-2017-569-A og øvrige relevante rettskilder, og redegjør for hvilken vekt anbefalinger fra UNHCR a) tillegges, og b) *bør* tillegges, i norsk rett.

2. Generelt om oppgaven, læringskrav og studiesituasjonen

For første gang avholdes eksamen i dette emnet som 48 timers hjemmeeksamen, og sensorene bør ha for øyet at dette er uvant for studentene. Sensorene må også huske at studentene har hatt en utfordrende studiesituasjon gjennom hele semesteret, og at noen også kan ha hatt en utfordrende arbeidssituasjon under selve eksamensavviklingen. Studiedekanen har bedt om at følgende avsnitt tas inn i alle sensorveiledninger dette semesteret:

På grunn av pandemien har all undervisning ved Det juridiske fakultet blitt gjennomført digitalt vårsemesteret 2021. Tilgangen til lesesalsplasser har vært mer begrenset enn i et vanlig semester. Pandemien har gjort den generelle studiesituasjonen svært krevende for studentene. Karaktersettingen skal ta hensyn til dette.

Oppgaven er utformet med sikte på at den skal være utfordrende nok til å fylle en 48 timers hjemmeeksamen, samtidig som den skal være håndterbar innenfor denne rammen og kunne besvares av studenter med ulike kunnskapsnivåer. Spørsmål 1 kan besvares relativt enkelt med henvisning til relevante lovbestemmelser, men det er samtidig et spørsmål som er veldig sammensatt og nokså komplisert hvis man går dypere inn i det. Spørsmål 2 er på samme måte et relativt enkelt spørsmål hvis man holder seg til Høyesteretts formuleringer, men det gir også rom for selvstendige refleksjoner om sentrale metodespørsmål i norsk flyktningrett. Oppgaven er også utformet med tanke på at den skal kunne besvares uten andre kilder enn litteraturen i faget, men samtidig gi rom for bruk av andre kilder.

Sensorene må huske på at studentgruppen i JUR1120 er veldig sammensatt. Emnet tas av tredjeårs jusstudenter, av praktikere med lang erfaring fra utlendingsforvaltningen eller andre sektorer, av studenter ved andre fakulteter eller andre læresteder, eller av enkeltmestudentene uten relevant erfaring fra verken praksis eller jus. Alle skal vurderes likt, og oppgaven er forsøkt utformet slik at den skal kunne besvares godt av studenter med ulik bakgrunn og kompetanse.

Fagets hovedlitteratur består av Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett* (2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018). I Øyens bok er familieinnvandring (spm. 1) generelt behandlet i kap. 5, men det sies så vidt jeg kan se ikke noe om likekjønnede par utover den setningen det vises til i oppgaveteksten. Metodespørsmålet i spm. 2 behandles (som oppgaveteksten selv sier) i pkt. 2.7 på s. 41-43.

Læringskravene i emnet er formulert slik:

Det kreves kjennskap til følgende emner:

- Materielle og prosessuelle regler for utlendingers adgang til riket, arbeid, opphold og bosetting, samt bortvisning og utvisning.
- Vern mot forfølgelse.
- Forholdet mellom norsk rett og internasjonale konvensjoner, utlendingers rettslige stilling i Norge, det historiske og politiske grunnlaget for utlendingslovgivningen og rettshjelp.

Jeg mener oppgaven ligger trygt innenfor læringskravene og er tilstrekkelig godt dekket i fagets litteratur.

3. Særlig om spørsmål 1

Utlendingsloven kapittel 6 gjelder familieinnvandring, og det er helt på det rene at reglene her er utformet nøytralt slik at de i utgangspunktet gjelder likt for ulikekjønnede og likekjønnede. Slik oppgaven er formulert, vil studentene komme langt ved bare å redegjøre for reglene og peke på relevansen for likekjønnede par. Da bør man nevne at § 40 om ektefeller gjelder også for likekjønnede (enten disse kalles ektefeller, partnere, eller noe annet), at fireårskravet i § 40 a også gjelder tilsvarende, at § 41 om samboere også gjelder for likekjønnede par i samboerskap, at 24-årskravet for familieetablering i § 41 a gjelder tilsvarende, at reglene om forlovelsesvisum i § 48 gjelder tilsvarende, og at også likekjønnede par kan få oppholdstillatelse etter § 49. Testen ved en slik generell gjennomgang vil være å avgrense mot regler som ikke har relevans for likekjønnede, og da vil reglene om oppholdstillatelse for barn (§§ 42 flg.) være et nærliggende eksempel. En annen test vil være å vise forståelse og kunnskaper utover bare å gjengi reglene, herunder å knytte reglene opp til § 39 om referanseperson og vise når reglene kommer til anvendelse.

For å få full uttelling må man likevel gå videre. Oppgaven ber studentene «redegjøre» og «vurdere», men det er ikke nødvendig (og kanskje ikke engang hensiktsmessig) å skille mellom disse to delene. Det sentrale i oppgaven er å redegjøre for reglens anvendelse overfor likekjønnede par fra land hvor homofili er forbudt eller homofile ekteskap ikke anerkjennes, og vurdere om dette innebærer likebehandling med ulikekjønnede par, og studentene må ha stor frihet i å velge struktur. Det er mange momenter som kan trekkes frem:

- Ut fra oppgavens forutsetning vil vilkårene i § 40 ikke være oppfylt, fordi paret ikke kan ha inngått et gyldig ekteskap. Fireårskravet i § 40 a er dermed ikke aktuelt. Studenter som får klart frem at det mest sentrale grunnlaget for familieinnvandring ganske enkelt ikke er aktuelt for par som omfattes av oppgavens forutsetning, og som får frem noen betraktninger om hva dette betyr for likebehandling, bør få god uttelling.
- Partene kan etter omstendighetene ha etablert et samboerskap som oppfyller kravene i § 41, særlig i land hvor homofili er tillatt selv om homofile ekteskap ikke godtas. I land hvor homofili er forbudt vil dette være vanskelig.
- Forlovelsesvisum etter § 48 er i prinsippet tilgjengelig, men dette er en «kan»-regel til forskjell fra rettighetsbestemmelsene i §§ 40 og 41. Men her kommer et par krevende elementer i oppgaven inn:
 - Utlendingsforskriften §§ 10-8 og 10-9 oppstiller krav til fremtidig og tidligere inntekt i saker om familieinnvandring, og unntaksreglene i § 10-8(3) og i § 10-11 innebærer at det i mange tilfeller kan gjøres unntak for søknader etter §§ 40 og 41, men ikke etter § 48. Ved at §§ 40 og 41 er utilgjengelig for parene som omfattes av oppgaven, må parene oppfylle underholds krav som for mange par vil være uoppnåelige.
 - Utlendingsforskriften § 9-5 tredje ledd sier at returforutsetningene må vektlegges. Her er det da slik at mange land som forbyr homofili vurderes å ha dårlige generelle returforutsetninger (jf. UDIs inndeling i grønn, gul, oransje og rød gruppe, UDI 2012-005 / UDI 2012-006 / UDI 2012-007 / UDI 2012-008, hvor mange av disse landene ligger i oransje og rød gruppe). Dette kan ikke studentene forventes å kjenne til, men selve reglene i forskriften burde de kunne finne frem til. Erfaringer fra sensuren tilsier at nokså få studenter finner § 9-5, så utelatelse av dette bør ikke gi særlig trekk, men det bør gis god uttelling til studenter som finner bestemmelsen (forutsatt at man får noe fornuftig ut av den).
- Man kan i prinsippet få oppholdstillatelse etter § 49, men jeg forstår det slik at bestemmelsen tolkes slik at likekjønnede par ikke uten videre omfattes, siden det er mange par som berøres av dette mens bestemmelsen er ment å være en ren sikkerhetsventil. Studentene kan også finne frem til utlendingsforskriften § 9-7 og trekke noen slutninger fra det faktum at tilfellene som nevnes der er vesensforskjellige fra situasjonen til likekjønnede par.

Opgavens tema har vært gjenstand for behandling av Likestillings- og diskrimineringsombudet, særlig i sak LDO-14/435. Det er et omdiskutert tema hvor studentene ikke kan forventes å gi noen klar konklusjon. Det er nærliggende å peke på at reglene er utformet nøytralt mens de i praksis virker forskjellig, men det kreves i hvert fall ikke at man tar stilling til om dette i så fall innebærer ulovlig diskriminering.

Erfaringer fra sensuren viser at en del studenter bruker mye tid på spørsmålet om seksuell legning som forfølgelsesgrunn etter § 28. Dette er ikke oppgavens tema, og bør ikke gi uttelling. Etter omstendighetene kan det antyde sviktende forståelse for sentrale utlendingsrettslige spørsmål, og i så fall bør det gis trekk for dette.

4. Særlig om spørsmål 2

Dette er et rent metodespørsmål, og jeg tror det vil variere betydelig hvor mye studentene vil få ut av det. Utgangspunktet, som oppgaveteksten viser til, er at forarbeidene og rettspraksis legger til grunn at uttalelser fra UNHCR skal tillegges stor vekt (alternativ formulering er «skal veie tungt»), og gjennom en analyse av det samlede rettskildematerialet bes studentene altså ta stilling til detaljene i dette. Oppgaven har to deler, og begge deler må tas med.

Relevante dommer etter 2017-dommen det vises til i oppgaveteksten er (omvendt kronologisk) HR-2021-203-A, HR-2020-2408-A, HR-2018-846-A, HR-2018-572-A, og HR-2017-2078-A. Det finnes også eldre dommer, og spørsmålet er berørt i forarbeidene og i en rekke dommer fra Borgarting lagmannsrett.

Studentene kan med fordel ta utgangspunkt i generelle metodiske utgangspunkter:

- Utlendingsloven § 3 innebærer at loven skal tolkes i samsvar med flyktningkonvensjonen, men dette innebærer ikke i seg selv noen henvisning til UNHCRs uttalelser.
- Flyktningkonvensjonen må tolkes etter alminnelige folkerettslige tolkningsprinsipper, som man finner i Wienkonvensjonen om traktatretten, særlig art. 31. Viktig her er ordlyd, formål og kontekst. Uttalelser fra konvensjonsorganer er ikke bindende tolkningsfaktorer, men man kan bruke «subsequent practice» i art. 31(3)(b) som et argument i retning av relevans, alternativt trekke veksler på en mer alminnelig folkerettslig lojalitetsplikt. Uansett bør man fastslå at det folkerettslig er akseptabelt å si, som man gjør i norsk rett, at uttalelser fra UNHCR ikke er bindende, alternativt ikke er ubetinget avgjørende, men at de skal tillegges stor vekt.
- Uttalelser fra UNHCR kan bli folkerettslig bindende hvis de gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett, og sedvanerett er også omfattet av utlendingslovens sektormonismebestemmelse i § 3.

Derneft bør studentene skille mellom ulike typer av uttalelser, og den rettskildemessige konteksten for disse uttalelsene. Det er en forskjell på rettslige anbefalinger og landspesifikke anbefalinger, og vekten vil avhenge av hvordan det øvrige rettskildet bildet ser ut. Læreboken går mest inn på landspesifikke anbefalinger, og drøfter når disse kan fravikes. HR-2021-203-A er et eksempel på en dom som angår rettslige anbefalinger, og viser hvordan man kan resonnerer om disse. Høyesteretts tilnærming her er at uttalelsene kan «ikke endre det bildet som konvensjonens ordlyd, kontekst og formål gir», og dette kan drøftes av kandidatene.

Studentene på JUR1120 kan ikke forventes å ha hatt juridisk metodeundervisning tidligere, så det bør ikke stilles strenge krav her. Det som kreves, er at de finner frem til relevante kilder og viser en viss forståelse for forholdet mellom disse, og at man ikke viser grunnleggende misforståelser om forholdet mellom rettskildene eller forholdet mellom norsk rett og folkeretten.

I oppgavens «bør»-del må studentene peke på noen relevante hensyn som tilsier en større eller mindre vekt. Dersom studentene mener at «stor vekt» er riktig generell standard, må dette begrunnes, og dersom studentene mener at en annen standard burde legges til grunn, må dette også begrunnes. Alle standpunkter må godtas, alt fra «ingen vekt» til «rettslig bindende» er akseptable svar, men det er begrunnelsen som må vurderes. Ren syensing bør gi liten uttelling, men relevante hensyn kan hentes fra generelle betraktninger om forholdet mellom norsk rett og folkeretten, UNHCRs særskilte kompetanse, behovet for internasjonal rettsenhet, behovet for nasjonalt selvstyre, forholdet mellom innvandringsregulerende hensyn og humanitære hensyn, osv.

Erfaringer fra sensuren tilsier at det er enkelte svakheter som går igjen. Noen studenter går grundig inn på de materielle spørsmålene i HR-2017-569-A, men dette er ikke oppgavens tema. Noen studenter nøyer seg også med et nokså rent referat av dommens redegjørelse for metodespørsmålet, og dette bør gi beskjeden uttelling.

Spørsmål 2 er (med noen språklige forskjeller) likt på JUS5120 og på JUR1120. Sensorer som sensurerer på begge nivåer må huske på at kravene som stilles på JUS5120 her må være betydelig høyere enn kravene på JUR1120.

5. Generelt om bedømmelsen

Oppgaveteksten gir uttrykk for at de to spørsmålene skal bedømmes likt, og dette må legges til grunn. Jeg tror nok det er mest å skrive om spørsmål 1, og oppgavetekstens formulering bør ikke forstås slik at det kreves omtrent likt omfang på de to delene.

Forut for eksamen har studentene vært opptatt av formelle forhold, og jeg har gitt dem beskjed om at det ikke kreves noen avsluttende litteraturliste/kilderegister. Jeg har skrevet på Canvas at det som kreves, er entydige og fullstendige kildehenvisninger. Det skal derfor ikke gis trekk dersom studentene ikke har et avsluttende register, men det skal trekkes hvis kildehenvisningene ikke er klare.

For å bestå, bør det i utgangspunktet kreves at begge delene av oppgaven forsvarer bestått karakter, men etter omstendighetene kan ikke-bestått på et delspørsmål veies opp av en god besvarelse av det andre delspørsmålet. I spørsmål 1 bør det for dette kreves at studentene peker på de mest sentrale punktene nevnt ovenfor, og at det ikke vises store misforståelser. Det bør også kreves at studentene gjør noe mer enn bare å gjengi bestemmelsene, men hvis dette gjøres bare for relevante bestemmelser, kan det hende det likevel holder. I spørsmål 2 bør det for bestått karakter kreves at studentene finner frem til noen relevante kilder og viser et minimum av evne til å anvende juridisk metode. Ut fra studentgruppens karakter og ut fra utfordringene i studiesituasjonen dette semesteret er det grunn til å vise litt velvilje i vurderingen av hva som er tilstrekkelig for å oppnå svakeste ståkarakter.

For beste karakter må det kreves at de fleste av elementene i spørsmål 1 er behandlet på en god måte, men det kan neppe kreves at alle punktene er behandlet. Ordgrensen er klart begrensende, og det må være mulig å oppnå beste karakter selv om noen momenter er utelatt. I spørsmål 2 må det kreves at det vises god forståelse for de metodiske spørsmålene og at man kommer litt ned i dybden på hva «stor vekt» betyr, men heller ikke her kan det kreves inngående analyser av de enkelte dommene.

Denne versjonen er revidert i lys av kommentarene på sensormøtet 4. mai 2021.

5. mai 2021

Kjetil Mujezinović Larsen