

**RETURFORBUDET I EMK ARTIKKEL 3
SAMMENLIKNET MED VERNET SOM FØLGER AV FNs
FLYKTNINGKONVENSJON**

Kandidatnummer:

Veileder:

Leveringsfrist:

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17509 ord

01.05.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Plassering av EMK artikkel 3 i forhold til FNs Flyktningkonvensjon	1
1.2	Plassering av EMK artikkel 3 i norsk rett	1
<u>2</u>	<u>PROBLEMSTILLING OG AVGRENSING</u>	<u>2</u>
2.1	Problemstilling	2
2.2	Avgrensing	2
2.2.1	Avgrensing i forhold til innholdet i Flyktningkonvensjonen	2
2.2.2	Avgrensing i forhold til norske utlendingsmyndigheters praksis	3
<u>3</u>	<u>DEN VIDERE FREMSTILLING</u>	<u>3</u>
3.1	Innledende om beskyttelsesspørsmål og statusspørsmål	3
3.2	Fremstillingen av returvernet etter de to regelsett	3
3.3	Forslag om å knytte vernet i EMK artikkel 3 til statusspørsmålet	4
<u>4</u>	<u>OPPHOLDSTILLATELSER OG RETTIGHETER I NORSK PRAKSIS I DAG</u>	<u>5</u>
4.1	Om oppholdstillatelsene	5
4.1.1	Opphold som flykting –asyl	5
4.1.2	Opphold av andre beskyttelsesgrunner.	5
4.1.3	Opphold av humanitære grunner.	6
4.2	Problemer når staten i dag innvilger opphold av humanitære grunner i stedet for å bruke artikkel 3 som grunnlag. En begrunnelse for økt bruk av artikkel 3.	6
4.2.1	Berøvelse av den utsattes rettigheter.	6

4.2.2	Mangelfull beredskap hos saksbehandlere i tilfelle politiske kursendringer.	7
4.2.3	Foranledning til å gi utlendingen en svak posisjon i samfunnet og sosiale konsekvenser av å ikke anerkjenne beskyttelsesgrunnen.	7
4.3	Oppsummering	7
<u>5</u>	<u>IDENTIFISERING AV SAMMENLIKNINGSGRUNNLAGET</u>	<u>8</u>
5.1	Presentasjon av artikkel 1 og artikkel 33 i Flytningkonvensjonen	8
5.2	Er det et forskjellig forfølgelsesbegrep i artikkel 33?	9
5.3	Utelukkelsesgrunnene i artikkel 1 og 33 i Flyktingkonvensjonen.	10
5.3.1	Utelukkelse fra asyl.	10
5.3.2	Utelukkelse fra vernet mot retur.	10
<u>6</u>	<u>HENSYN BAK ARTIKKEL 3 OG RETURVERNET I FLYKTINGKONVENSJONEN</u>	<u>12</u>
6.1	Hensyn for og i mot bindende regler om opphold for personer som er utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3.	12
6.1.1	Suverenitet mot universelle menneskerettigheter.	12
6.2	Forskjeller i hensyn bak EMK artikkel 3 og reglene i Flyktingkonvensjonen.	14
6.2.1	Demokratihensyn	14
6.2.2	Rettferdighetshensyn	15
<u>7</u>	<u>METODEPRINSIPPER</u>	<u>15</u>
7.1	Metodeprinsipper i for praktiseringen av EMK artikkel 3	15
7.1.1	Ordlyden	15
7.1.2	Tolking i lys av konvensjonens formål og prinsipper	16
7.1.3	EMDs Prejudikatsverdi	18
7.1.4	Temaet i dommen må være tvangsretur.	18

7.2	Metodeprinsipper for å klargjøre innholdet i artikkel 1 og artikkel 33 i Flyktingekonvensjonen.	19
7.2.1	Folkerettslige tolkingsprinsipper	19
7.2.2	Et norsk flyktningebegrep	20
8	<u>RETURVERNET ETTER EMK ARTIKKEL 3 SAMMENLIKNET MED VERNET MOT RETUR SOM FØLGER AV FLYKTINGKONVENSJONEN.</u>	22
8.1	Hvem er beskyttet? Personelle begrensinger.	22
8.1.1	Rettighetshavers formelle og sosiale status i samfunnet.	22
8.1.2	Utelukkelse for personer med negative kjennetegn	25
8.1.3	Har utviklingen i internasjonal bekjempelse av terror noen innvirkning på det absolutte vernet artikkel 3 gir?	28
8.1.4	Ideer om det hvordan det absolutte vernet i artikkel 3 kan bli begrenset	30
8.2	Hva slags overgrep er rettighetshaver beskyttet mot?	32
8.2.1	Innledning og oversikt	32
8.2.2	Tortur	32
8.2.3	Generelt om umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff	33
8.2.4	Generelle retningslinjer	34
8.2.5	Umenneskelig eller nedverdiggende straff	36
8.2.6	Generelt om umenneskelig eller nedverdiggende behandling	41
8.2.7	Traumer fra tidligere nedverdiggende behandling som vil blusse opp	43
8.2.8	Mangel på behandling i returlandet	47
8.2.9	Sammenlikning med forfølgelseskravet i Flyktingekonvensjonen	50
8.3	Hvem må stå for overgrepet?	54
8.3.1	Krav til overgriper i EMK artikkel 3?	54
8.3.2	Krav til overgriper i Flyktingekonvensjonen?	55
8.3.3	Oppsummering	56
9	<u>BEVISREGLER</u>	56
9.1	Begrunnelse for spesielle bevisregler for avgjørelse av saker om tvangsretur.	56
9.2	Beviskrav og risikokrav i EMK artikkel 3.	57

9.2.1	Argument for og i mot å bruke EMDs bevisregler slavisk i norsk rett.	59
9.3	Sammenlikning med bevis og risikokrav i Flykningerkonvensjonens regler	60
10	<u>KONKLUSJON –FUNN OG KONSEKVENSER AV FUNNENE</u>	61
10.1	Hvorvidt er regelsettene forskjellige? Hvilke konsekvenser gir det?	61
10.2	Kommentar til å linke statusspørsmålet til EMK artikkel 3.	63
10.3	Begrensinger av funnene -oppgavens svakheter.	65
	<u>KILDER</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Plassering av EMK artikkel 3 i forhold til FNs Flyktningkonvensjon

Artikkel 3 i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen, heretter EMK, lyder som følger:

“Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.”

Gjennom praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstolen, heretter EMD eller Domstolen, har artikkel 3 gitt vern mot tvangshjemsendelse av utlendinger til slik tortur, behandling eller straff artikkelen forbyr. Retur eller hjemsendelse kan være alle former for utvisning eller utlevering. Artikkelen verner også mot avvisning på grensa for en utlending som søker opphold i en medlemsstat for første gang.¹ EMK artikkel 3 verner også i de tilfellene der utlendingen blir sendt til et annet sted hvor han eller hun ikke er trygg mot å bli videresendt til hjemlandet.² Denne ekstraterritoriale virkningen gjør at stater som er part i EMK får et forbud mot tvangsretur av utlendinger som virker som et supplement til returvernet følger av FNs Flyktningkonvensjon fra 1951, heretter Flyktnigkonvensjonen.³

1.2 Plassering av EMK artikkel 3 i norsk rett

Både menneskerettsloven § 2 nr. 1, jf. § 3 og utlendingsloven § 4 krever at norske myndigheter ikke opptrer i strid med EMK artikkel 3.⁴ Så lenge tilbakesendelse vil være i

¹ Det er klart at artikkelen setter en slik forpliktelse også, Se eksempelvis *Jabari v Turkey*. Det er ingen forpliktelse om å gi utlendingen formell oppholdstillatelse, men vern mot retur er i praksis rett til opphold.

² Se *Soering v UK* para 86-90. *Kim u Kjær* s 35 viser også til Europarådets Parlamentariske Forsamlings *Recommendation No 434 on the Right of Asylum*, 5. oktober 1965.

³ UN Convention Relating to the Status of Refugees, Genova 1951 og dens oppfølgende protokoll fra 1967.

⁴ Om EMK stilling i norsk rett se Skoghøy i *Lov og Rett* 2002.

strid med EMK artikkel 3, kan ikke rettighetshaveren tilbakesendes. Artikkel 3 er et selvstendig grunnlag for vern mot tvangsretur. EMD har trukket opp vilkårene for dette vernet. Disse vilkårene er ikke identiske med det som følger av Flyktnigekonvensjonen. Det er interessant å sammenlikne vilkårene for vern mot retur som følger av de to forskjellige regelsettene. Slik får man oversikt over hvilke tilfeller som kan dekkes av det ene eller det andre beskyttelsesgrunnlaget. Returvernet i EMK artikkel 3 er av forholdsvis ny dato og ikke like godt framstilt som det tradisjonelle returvernet som følger av Flyktingkonvensjonen. EMDs praksis gjør også at EMK-vernet er i utvikling. Av disse grunner er det interessant å undersøke returvernet i EMK artikkel 3 nærmere.

2 Problemstilling og avgrensing

2.1 Problemstilling

Oppgaven vil gi en framstilling av innholdet i vernet mot retur av utlendinger som følger av EMK artikkel 3. Vernet blir sammenliknet med returvernet som følger av Flyktnigekonvensjonen. Grensene for returvernet i EMK artikkel 3 blir undersøkt særlig grundig på områder det er videre enn hva som følger av Flyktingkonvensjonens regler.

2.2 Avgrensing

2.2.1 Avgrensing i forhold til innholdet i Flyktingkonvensjonen

Det er innholdet i vernet i EMK artikkel 3 som er fokusområdet i oppgaven. Innholdet i vernet etter Flyktingkonvensjonen blir kun framstilt oversiktsmessig. Det er fordi Flyktingkonvensjonens regler som nevnt like over er mer kjent enn EMK reglene. Vilkår eller elementer som finnes i Flyktingkonvensjonen men som ikke finnes i EMK artikkel 3 blir kun oversiktsmessig framstilt. Flyktingkonvensjons regler blir likevel undersøkt mer inngående hvor disse har vilkår som er sammenliknbare med de vilkårene man finner i returforbudet i EMK artikkel 3.

2.2.2 Avgrensning i forhold til norske utlendingsmyndigheters praksis

Det blir vist i punkt 7.2.2 at det kan eksistere et norsk flyktningebegrep ved siden av det folkerettslige begrepet. Utlendingsmyndighetenes praksis er unntatt offentligheten.

Dessuten er det gitt en viss skjønnsmargin mot overprøving av forvaltningens avgjørelser på området.⁵ Utlendingsmyndighetenes praksis kan også endre seg ved politiske forandringer. Jeg vil derfor kun trekke inn det norske flyktningebegrepet der dets innhold følger av klare lovbestemmelser.

3 Den videre fremstilling

3.1 Innledende om beskyttelsesspørsmål og statusspørsmål

De to viktigste tema i flyktingrett er beskyttelsesspørsmålet og statusspørsmålet. Beskyttelsesspørsmålet regulerer vilkårene for vern mot tvangsretur. Statusspørsmålet handler om en flyktnings sosiale rettigheter. Beskyttelsesspørsmålet er spesifikt regulert i Flyktningekonvensjonens artikkel 33. Når en flykting blir innvilget asyl følger det med rett til oppholdstillatelse og visse andre rettigheter. Med oppholdstillatelsen følger det naturligvis også ett vern mot retur. Flyktingstatus kan imidlertid bortfalle eller opphøre. Selv om det skjer kan personen likevel være vernet mot retur av artikkel 33.

3.2 Fremstillingen av returvernet etter de to regelsett

Vernet mot retur slik det følger av Flyktingkonvensjonens artikkel 1 og 33 blir fremstilt i kapittel 5: "Identifisering av sammenlikningsgrunnlaget". Der blir det også vist hvordan

⁵Einarsen 1997 side 49.

vernet er gjennomført i norsk rett. Kapittel 6 ser på hensyn bak returvernet i Flyktingkonvensjonen og returvernet i EMK artikkel 3. Kapittel 7 vil gå igjennom metodeprinsipper. I kapittel 8 blir de nevnte artikler i Flyktingkonvensjonen brukt som sammenlikningsgrunnlag når jeg bit for bit går igjennom innholdet i vernet i EMK artikkel 3. I kapittel 9 kommer noen kommentarer til de spesielle beviskrav som gjelder for de to regelsettene. Kapittel 10 er en konklusjon med funn, konsekvenser og oppgavens svake sider.

3.3 Forslag om å knytte vernet i EMK artikkel 3 til statusspørsmålet

Til dags dato har EMK artikkel 3 kun vært relevant i forhold til beskyttelsesspørsmålet. I EUs statusdirektiv og i forslag til ny norsk utlendingslov skal personer som er vernet mot retur av EMK artikkel 3 på visse vilkår gis flyktingstatus.⁶ Vi ser at det nye forslaget aktualiserer bruk av artikkel 3 ved at det knyttes rettigheter til vernet mot retur. Regelverket som vil styre disse rettighetene blir reglene som kan trekkes ut av praktiseringen av artikkel 3 i saker om tvangsretur. Kommentarer til EMK artikkel 3 som avgjørelsesgrunnlag av statusspørsmålet kommer helt til slutt i oppgaven etter det har blitt vist sett hvordan EMK reglene er forskjellige fra de som følger av Flyktingkonvensjonen.

Like under vises det hvordan artikkel 3 forholder seg til oppholdstillatelsene i norsk rett i dag. Det blir gjort for oversiktens skyld, men også for å vise hvorfor at EMK artikkel 3 bør undersøkes nærmere og brukes mer aktivt i dag.

⁶ Se NOU 2004:20 s. 154

4 Oppholdstillatelser og rettigheter i norsk praksis i dag

4.1 Om oppholdstillatelsene

Som vist over kan EMK artikkel 3 gi utlendinger en tilleggsbeskyttelse mot retur. Selv om det ikke følger noen rett til formell oppholdstillatelse etter artikkelen, vil et forbud mot retur i praksis bety rett til opphold.⁷ Norsk praksis opererer i dag med tre kategorier av oppholdstillatelser. Opphold som flyktning, opphold av andre beskyttelsesgrunner og opphold på humanitært grunnlag.⁸

4.1.1 Opphold som flyktning –asyl

Dersom søkeren innfrir vilkårene til vern som flyktning, skal oppholdstillatelse gis. Søkeren får status som flyktning og det er knyttet rettigheter til denne statusen. Dette følger av utl.§ 15 som gir vern mot utsendelse, § 16 som definerer hvem som er flyktning, og § 17 som gir regler om rett til asyl. Det er knyttet sosiale rettigheter til oppholdstillatelsen. Disse er i hovedsak rett til;

- full grunnpensjon i folketrygden uten å ha vært i arbeid alle årene.
- stipend i statens lånekasse.
- rett til å få utstedt norsk pass m flyktningstatus.
- avledet rett til opphold for familiemedlemmer.⁹

4.1.2 Opphold av andre beskyttelsesgrunner.

Dersom ikke søkeren innfrir kravene til opphold som flyktning, kan staten likevel være forpliktet til å ikke tvinge søkeren ut av landet. I denne kategorien faller forbudet i artikkel 3. Hjemmelen for oppholdstillatelsen er utlendingsloven § 8 annet ledd, jf Utlendingsforskriftens § 21 første ledd. Formelt gis det opphold på humanitært grunnlag.

⁷ EMK retten statuerer kun ett forbud mot retur. Det følger ingen rett til formell oppholdstillatelse med returforbudet. I praksis gir stater oppholdstillatelse dersom man har krav på beskyttelse på grunnlag av artikkel 3.

⁸ Se ”Faktaarket” på UDIs hjemmesider: <http://www.udi.no/upload/Faktaark/Asyl%20-%20ferdig.pdf>

⁹ Gi referanser til regelverket. Dette har jeg lest i NOUen. s 154

Det er kun knyttet begrensede sosiale rettigheter til oppholdstillatelsen.

4.1.3 Opphold av humanitære grunner.

Oppholdstillatelsen ”opphold av humanitære grunner” er diskresjonær. Det vil si at staten i utgangspunktet er fri både etter norsk rett og etter internasjonale forpliktelser til å nekte søkeren opphold. Med andre ord kan disse tillatelsene strammes inn og utvides som følge av politiske kursendringer. Hjemmelen for oppholdstillatelsen er utl.§8.

Det er kun knyttet begrensede sosiale rettigheter til oppholdstillatelsen.

4.2 Problemer når staten i dag innvilger opphold av humanitære grunner i stedet for å bruke artikkel 3 som grunnlag. En begrunnelse for økt bruk av artikkel 3.

I praksis er det samme for en utlending om han blir innvilget opphold av andre beskyttelsesgrunner eller opphold på humanitært grunnlag. I begge tilfeller får utlendingen opphold, men kun begrensede sosiale rettigheter. Norske utlendingsmyndigheter har blitt kritisert for å ha innvilget opphold på humanitært grunnlag i tilfeller der det skulle gis opphold av beskyttelsesgrunner, eksempelvis på grunn av returforbudet i EMK artikkel 3.¹⁰ Det pekes nå på uheldige virkninger av denne praksisen.

4.2.1 Berøvelse av den utsattes rettigheter.

Utlendingen blir snytt for en rettighet dersom opphold blir gitt på humanitært grunnlag i slike tilfeller. Staten gir signalet: Vi er ikke forpliktet til å gi opphold. Det er ikke sikkert du engang trenger beskyttelse, men siden vi er så snille i Norge, gir vi deg opphold. Dette er lite anerkjennende overfor utlendingens rettigheter og Norges internasjonale forpliktelser.

¹⁰ Cecilia Bailliet: The grey zone in Norwegian Refugee Policy....

4.2.2 Mangelfull beredskap hos saksbehandlere i tilfelle politiske kursendringer.

Kategorien 'opphold av humanitære grunner' kan styres politisk, mens staten er bundet av den beskyttelse artikkel 3 gir. Har ikke staten gått artikkel 3 i sømmene, men velger lettvinløsningen: 'opphold av humanitære grunner', vil det være vanskelig for saksbehandlerne å begynne å ta stilling til artikkelen. Dette både fordi EMK retten er uoversiktlig og fordi saksbehandlerne da ikke har erfaring på området.

4.2.3 Foranledning til å gi utlendingen en svak posisjon i samfunnet og sosiale konsekvenser av å ikke anerkjenne beskyttelsesgrunnen.

Når staten 'er snill' og gir begunstigende vedtak på denne måten er det mer rimelig at staten kan knytte vilkår til vedtaket. Dessuten skapes en foranledning til å ikke gi utlendingen lik status i samfunnet som alminnelige borgere. Skjønnsmessige oppholdstillatelser istedenfor obligatoriske kan gi grobunn for sosiale konflikter og kritiske holdninger til utlendinger i samfunnet. Personer som har en grunn for å søke beskyttelse i landet og som man er forpliktet til å ta i mot, vil oftere bli møtt med forståelse enn personer som er her 'på nåde'.

4.3 Oppsummering

På grunn av disse virkningene burde rettighetshavere og deres interesseorganisasjoner i dag kreve at opphold blir gitt på grunnlag av artikkel 3 dersom sakens forhold innfrir vilkårene for vern etter artikkelen. Staten bør ha interesse av å bruke artikkel 3 i saker den er forpliktet til det. Slik kan saksmassen bli en nyttig erfaringsbank hvis det kommer en politisk innstramming eller hvis det knyttes sosiale rettigheter til artikkel 3.

5 Identifisering av sammenlikningsgrunnlaget

5.1 Presentasjon av artikkel 1 og artikkel 33 i Flytningkonvensjonen

Vernet mot retur er spesifikt regulert i Flyktingkonvensjonens artikkel 33:

”Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe.”

Et kompliserende element er at artikkel 33 bruker begrepet 'flyktning' som et vilkår for beskyttelsen artikkelen gir. I Flyktingkonvensjonen er begrepet 'flyktning' legaldefinert i artikkel 1A som gjelder spørsmålet om flyktingstatus. Det å være 'flykting' er ikke bare et grunnvilkår for å få innvilget asyl. 'Flykting' er også grunnvilkåret for beskyttelse etter artikkel 33. For å finne ut av flyktningkriteriet som er stilt i artikkel 33 man altså gjennom artikkel 1A. I følge artikkel 1 A er 'flykting' en som:

”av velbegrunnet frykt for å bli forfulgt på grunn av rase, religion, nasjonalitet, tilhørighet til en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning befinner seg utenfor det landet han er borger av, og som er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt, ikke ønsker å søke dette lands beskyttelse”.¹¹

Denne definisjonen er nokså sammensatt og omfattende. Hva som ligger i ”velgrunnet frykt” blir diskutert i beviskapittelet, pkt 9. Hva som ligger i årsakskravet ”på grunn av” blir tatt opp i 8.1.1.1.3. Hva det vil si å bli forfulgt kommer opp i pkt 8.2.9 der blir det sammenliknet med den urettmessige behandlingen EMK artikkel 3 forbyr. De forskjellige forfølgelsesgrunnene finner jeg det naturlig ta opp i kapittel 8.1 som handler om personelle begrensinger for vern etter EMK artikkel 3.

¹¹ Jf. Artikkel 1A.

5.2 Er det et forskjellig forfølgelsesbegrep i artikkel 33?

Etter ordlyden i artikkel 33 ser det ut som at utlendingens 'liv eller frihet' må være truet ved retur. Artikkel 1A derimot krever at utlendingen må være 'forfulgt'. Ut fra denne forskjellige utformingen kan det virke som at artikkel 33 har et snevrere forfølgelsesbegrep en artikkel 1; 'liv frihet truet' favner snevrere en 'forfulgt'. Dette tolkingsalternativet er i samsvar med ordlyden. Dette er også en rimelig måte å forstå de to artiklene i sammenheng. For øvrig samsvarer dette tolkingsalternativet med lex specialisprinsippet. I henhold til alminnelige tolkingsprinsipper¹² skulle man tro at denne forståelsen ville være riktig løsning.

Da denne løsningen ikke er gjengs oppfatning i statspraksis og blant teoretikere¹³ har det sammenheng med artikkel 33s tilblivelseshistorie. Traktatkonsipistenes intensjon ved å utforme artikkel 33 særskilt var å presisere at vernet mot retur også gjaldt utvisning til tredjeland der flyktingen ikke kunne være trygg mot hjemsendelse. Det var ikke meningen å snevre inn forfølgelsesbegrepet.¹⁴ Det er også argumenter i Flyktningkonvensjonen for at det skal gjelde samme forfølgelsesbegrep i artikkel 33 som i artikkel 1A. Flyktning er som nevnt legaldefinert i artikkel 1. 'Flykting' brukt andre steder i konvensjonen skal da ha det innholdet som følger av artikkel 1 A. Det er etter dette rimelig trygt å konkludere med at 'liv eller frihet truet' kun er en omskrivning av begrepet, 'velgrunnet frykt for å bli forfulgt' slik at det er det samme forfølgelsesbegrepet som gjelder i begge artiklene.

For norsk retts vedkommende er det også trygt å la forfølgelsesbegrepet i artikkel 1 A bestemme hva slags overgrep returvernet gjelder. Om norske lovgiverne resonerte slik det er gjort like over da de utformet § 15 første ledd, første setning i utlendingsloven, er det ikke grunnlag for å hevde. Likevel lyder budet som følger:

¹² Wien Konvensjonen artikkel 31-32.??

¹³ Vis til Einardsen Kim U Kjær, Fisknes og NoU 2004. (USA fører en annen linje, men det er kanskje ikke så overraskende)

¹⁴ Kim U Kjær s 31 og inngående drøftet av Einardsen.

”Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område.”

Budet er ment å reflektere forbudet mot retur i artikkel 33. Da 'forfølgelse' ble brukt istedenfor 'liv eller frihet truet' var det fordi utvalget som formulerte bestemmelsen mente det ikke ville bli noen vesentlige virkinger av å sløyfe presiseringen 'liv eller frihet truet' i norsk lov.¹⁵ 'Liv og frihet' truet blir derfor ikke viet noe mer interesse i denne oppgaven. Det er kun begrepet 'forfølgelse' som blir sammenliknet med den type behandling EMK artikkel 3 verner mot.

5.3 Utelukkelsesgrunnene i artikkel 1 og 33 i Flyktingkonvensjonen.

5.3.1 Utelukkelse fra asyl.

Hvis utlendingen faller inn i en av utelukkelseskategoriene i artikkel 1 C-F kan han utelukkes fra statusen som flykting. Dessuten er det en mulighet for at en utlending utelukkes fra asylretten dersom faren for forfølgelse pådratt etter flyktingen forlot hjemlandet, såkalt "sur-place". Dette er særskilte grunner som kan utelukke en person fra asylinnvilgelse. De kan ikke brukes som unntaksgrunner fra returvernet i artikkel 33.

5.3.2 Utelukkelse fra vernet mot retur.

Av utelukkelsesgrunnene i artikkel 1 B-F er det kun artikkel 1 F som kan utelukke for beskyttelsen i artikkel 33.¹⁶ Av artikkel 1F fremgår det at følgende tre persongrupper kan utelukkes fra vernet:

¹⁵ NOU 1983:47 s 299, Vandvik s 213 og Fisknes s 162

¹⁶ I Flyktingkonvensjonen står det at retten til å bli vernet mot retur derimot uansett er i behold selv om flyktingen faller i kategoriene i artikkel 1C-E. Det samme står svart på hvitt i den norske utlendingsloven § 16 annet ledd siste punctum. Dette fremgår også positivt av utlendingsloven § 15 tredje ledd.

Personer som har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten.¹⁷

Personer som har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke politisk forbrytelse utenfor tilfluktslandet, før de fikk adgang til dette land som flykting.¹⁸

Personer som har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med de Forente Nasjoners formål og prinsipper¹⁹

Vernet mot retur i artikkel 33 har en egen unntaksbestemmelse i annet ledd, som også er gjengitt i utlendingsloven § 15 3. ledd. Den utelukker ytterligere to persongrupper fra vernet. Disse er:

personer som med rimelig grunn anses som er fare for rikets sikkerhet²⁰, og

personer som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og som av denne grunn utgjør en fare for samfunnet.²¹

Disse personelle utelukkelsesgrunnene blir sammenliknet med de personelle krav til beskyttelsessøkeren i EMK artikkel 3 under punkt 8.1.

17 jf Artikkel 1F alternativ a

18 jf Artikkel 1F alternativ b

19 jf Artikkel 1F alternativ b Jeg har her gitt en forenklet utgave av bestemmelsen. For en utgreining av hvordan bestemmelsen skal forstås viser jeg til Einarsen 557-591 og NOU 2004: 20 s 124-127.

²⁰ Artikkel 33 2. ledd første alternativ.

²¹ Artikkel 33 2. ledd andre alternativ.

6 Hensyn bak artikkel 3 og returvernet i Flyktingkonvensjonen

6.1 Hensyn for og i mot bindende regler om opphold for personer som er utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3.

6.1.1 Suverenitet mot universelle menneskerettigheter.

Argumenter mot bindende regler om opphold og utvisning av utlendinger har utspring i suverenitetsprinsippet. En suveren stat har enerett til å kontrollere sine indre anliggende så som adgang og opphold for utlendinger. En stat har også rett til å utvise eller utlevere utlendinger. En stat vil ha en sterk interesse i å hindre at individer som kan skade samfunnet får oppholde seg i staten. Det er lite gunstig for en stat å måtte ta i mot terrorister, narkotikaforbrytere, utøvere av vold, mafiavirksomhet eller annen organisert kriminalitet. På den andre siden argumenteres det for at alle mennesker har noen grunnleggende rettigheter som ikke kan krenkes. Beskyttelse av disse rettighetene er et internasjonalt anliggende. Uavhengig av menneskets nasjonalitet og negative egenskaper har statene en plikt til å beskytte mennesker mot grove menneskerettighetsbrudd.

Bør de kontraherende parter være ansvarlig for rettighetsbrudd begått i andre stater?

En stat har begrenset handleevne utenfor sitt territorium. Staten kan derfor hevde at det er en urimelig sterk byrde å få ansvaret for menneskerettighetsbrudd begått i andre stater. Stater som behandler individer på sitt territorium korrekt kan også hevde at det er urettferdig at det er de som får utgiftene ved å gi opphold til personer tilhørende stater som ikke oppfyller sine internasjonale forpliktelser.

Den første innvending mot dette argumentet er at de statene som nå har utgifter ved å gi personer opphold, ikke er helt uskyldige i et historisk perspektiv. Det kan hevdes vestens

kolonialisering har ført til mye av krigene, volden og uretten i den tredje verden.²² Det finnes også yngre eksempler på at FN og NATO operasjoner har skadet individets trygghet i konfliktområder.²³

For det andre har kontraherende stater muligheter til å endre situasjonen i den utsatte personens hjemland. Alleweldt gir eksempler på maktmidler statene har til rådighet for å endre menneskerettighetssituasjonen et annet land:

“The states of Europe are not powerless in the face of this problem. They have opportunities to work towards the aim that the responsible states tackle their human rights problems effectively, for example, by criticizing these states, by supporting administrative reforms and local human rights organizations, by using international instruments for the protection of human rights (inter-state applications), using economic or political pressure.”²⁴

Ved å bidra til at menneskerettighetene blir overholdt i andre land vil europeiske stater lette sine økonomiske byrder forbundet med å gi utlendinger opphold av beskyttelsesgrunner. Slik vil det faktum at det eksisterer regler om rett til opphold motivere europeiske stater til en utenrikspolitikk som øker sjansen for en bedring av situasjonen i utlendingens hjemland.

Den tredje og mest vektige innvendingen er av moralsk og juridisk karakter. Tankegangen er at grunnleggende menneskerettigheter kan ikke veies mot økonomiske interesser. I folkeretten er noen normer av overordnet karakter såkalt jus cogens. Det innebærer at de er ufravikelige (absolutte) rettigheter. Stater har en forpliktelse overfor det internasjonale samfunnet til å respektere rettighetene til individer uavhengig av individets nasjonalitet. Da noen verdier er satt i en slik særstilling vitner det om at man ser interessen som absolutt beskyttelsesverdig. Når statsapparatet i et land ikke beskytter disse grunnleggende

²² Se Steiner and Alston p 1190-91. Dette argumentet har strek de lege ferenda karakter. Det kan også finnes innvendinger mot en slik historisk årsaksrekke.

²³ (referanse til Bosnia/Dafur).

²⁴ Sitat fra Alleweldt.

opphøyde normer å ivareta interessen kan det være aktuelt å pålegge andre velfungerende demokratiske stater forpliktelser for å gjøre rettigheten effektiv.

6.1.1.1.1 Konklusjon – jo mindre grovhet, jo mindre beskyttelsesverdighet

Ikke alle menneskerettighetsnormer er av slik overordnet karakter. Kun grove menneskerettighetsbrudd kan klassifiseres som jus cogens. Tortur, umenneskelig eller nedverdiggende avstraffelse samt umenneskelig eller nedverdiggende behandling faller i denne kategorien.²⁵ Beveger man seg bort fra det tradisjonelle torturbegrepet og ser på nedre grenser for hva som er nedverdiggende eller umenneskelig behandling og avstraffelse blir grovheten av menneskerettighetsbruddet mindre. For disse grensetilfellene vil den legislative grunnen for hjemsendelsesforbudet bli svakere og er det blir større grunn til å ta hensyn til statens interesse om å beskytte samfunnets rettsorden og sikkerhet.

6.2 Forskjeller i hensyn bak EMK artikkel 3 og reglene i Flyktingkonvensjonen.

Artikkel 3 har fokus på overgrepets grovhet og dets innvirkning på mennesket. Det er integritetskrenkelsen i seg selv som artikkelen har til formål å beskytte mot. Mot dette står hensynet til menneskeverdet står mot tilfluktsstatens interesser. Bak Flyktingkonvensjonens regler ligger det i tillegg to andre hensyn.

6.2.1 Demokratihensyn

Den største forskjellen mellom EMK artikkel 3 vernet etter Flyktingkonvensjonen er at sistnevnte konvensjon er opprettet for å verne personer som lider av udemokratisk eller diskriminerende forfølgelse. Hvorfor rettighetshaveren blir utsatt for overgrepet har altså en betydning i Flyktinkonvensjonens regler.

²⁵ Se Steiner and Alston side 233 og 234. Man ser også at artikkel 3 er i en slik opphøyd stilling ved at det ikke er gitt noen derogasjonshjemmel i nødssituasjoner, jmf art 15.

6.2.2 Rettferdighetshensyn

I reguleringen av hvem som skal utelukkes etter artikkel 1 F blir også rettferdighetshensyn tatt i betraktning. De tre persongruppene som artikkelen utelukker har gjort seg ufortjent til beskyttelse. Personer som er utelukket av artikkel 33. 2 ledd på grunn har også gjort seg ufortjent til beskyttelse, men utelukkelsesgrunnen ivaretar også mottakerstatens interesser av å ikke bli utsatt for skade.

7 Metodeprinsipper

7.1 Metodeprinsipper i for praktiseringen av EMK artikkel 3

7.1.1 Ordlyden

Ordlyden slik den kan forstås på en naturlig språklig måte er utgangspunktet for tolking av traktater.²⁶ Ordlyden i EMK artikkel 3 er ikke særlig presis. Det er begrenset hva man kan få ut av en filologisk analyse av ordene: ”*Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*”. Likevel skal man ikke slippe dette utgangspunktet for raskt. Ordlyden vil alltid være relevant. Det kan også være andre bestemmelser i konvensjonen kan danne argumenter for et bestemt tolkingsalternativ i sammenheng med artikkelen. Særlig er artikkel 1 og artikkel 15 interessante i denne sammenheng.

²⁶ Jf Wienkonvensjonen artikkel..

7.1.2 Tolking i lys av konvensjonens formål og prinsipper

I henhold til Wienkonvensjonen skal konvensjoner tolkes i lys av sine formål og hensikter (in the light of its object and purpose).²⁷ Formålet med EMK er å realisere menneskerettighetene. I forordet til Konvensjonen er det skrevet:

*The Contracting States “shall take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration”.*²⁸

På denne måten har partene forstått menneskerettighetene som et internasjonalt anliggende og de har stilt seg selv i fremste linje for å utvikle rettighetene. For å gi effekt til reglene har Domstolen trukket opp en doktrine som sier at Konvensjonen er et levende instrument som skal følge utviklingen i europeisk samfunnsliv.²⁹ Slik har rettigheter fått videre anvendelsesområde enn de var tiltenkt da konvensjonen ble skrevet.³⁰ Utvikling i europeisk samfunnsliv har i stor grad gått i retning av å behandle individet mer humant. Ut fra denne utviklingen kan man forvente seg at vernet i artikkel 3 vil utvides med tiden.

7.1.2.1 Forhold mellom utviklende tolkning og den legislative begrunnelse for ekstraterritoriale regler.

Vi ser at tolkingen av EMK kan utvide innholdet i artikkel 3. Særlig kategorien 'umenneskelig eller nedverdiggende behandling' kan språklig sett romme mange tilfeller. Blir tolkingen av begrepet strukket langt, kommer man bort fra det de grove menneskerettighetsbrudd artikkelen normalt beskytter. Over er det vist at noen rettigheter er i en særstilling. Det er argumentert for at disse er ufravikelige. På den annen side er det trukket fram argumenter om at det er en sterk forpliktelse å gi stater beskyttelsesansvar for krenkelser som finner sted i annen stat. Vi ser at jo videre man tolker forpliktelsene i

²⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 artikkel 31.

²⁸ Se Forordet til Konvensjonen. Også observert av Harris side 6.

²⁹ Se Harris s. 7-8.

³⁰ Se også Elgesem s 216. Frode Elgesem, Tolking av EMK –Menneskerettsdomstolens metode, Lov of rett 2003 s 203.

artikkel 3 slik at også mindre grove overgrep blir omfattet, desto svakere blir begrunnelsen for å gi reglene ekstraterritorial effekt. Ut fra denne slutningen kan man forvente at den nedverdiggende behandling eller avstraffelse utlendingen er utsatt for i hjemlandet som EMK artikkel 3 beskytter mot ikke kan komme under et visst grovhetsnivå.

7.1.2.2 Skal den utviklende doktrinen brukes i norsk rett?

Norske domstoler har ikke sett det som sin oppgave å utvikle EMK retten.³¹ Dette er til hinder for at den norske praksisen av EMK artikkel 3 vil bli gitt mer liberalt innhold ved norske domstoler enn det som følger av EMD praksisen. Da norske domstoler ikke går i bresjen for utviklingen av EMK-retten er det fordi de mener at det motsatte ville skapt rettsdisharmoni i Europa. Dessuten mener norske domstoler at seg mindre skikket til utviklingsoppgaven enn hva EMD er.³² Likevel bør praksisen som føre av norske utlendingsmyndigheter holdes innenfor en margin for å ikke risikere at norske avgjørelser blir underkjent i Strasbourg. Det er også et poeng for både staten og rettighetshaveren å unngå den enormt lange ventetiden slike saker tar.³³ Til oppsummering kan man si at norsk praksis bør holde en margin til fordel for rettighetshaveren på de områdene der man kan vente en utvikling i EMK retten. En grense bør gå der staten innvilger opphold klart utover hva den er forpliktet til. Da bør tillatelsen ikke være forankret i artikkel 3, men i alternativet 'opphold av humanitære grunner' i norsk lov.

7.1.2.3 Presisering

Det må bemerkes at det er EMD som utvikler EMK retten. Retten er ikke noe mer eller mindre utviklet eller utvidet enn det som følger av Domstolens praksis. Det er ikke riktig av rettsanvendere eller teoretikere å påta seg utviklingsoppgaven. I denne fremstillingen

³¹Se Rt. 2000 s 996 og fremstillingen i Lov og rett Årg. 41, Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettskonvensjoner nr 6 Jens Edvin A Skoghøy

³² Se forrige fornote.

³³ Det tar ca. fire år før en sak kommer opp til doms. De sakene som blir avgjort om retur i dag ble brakt inn for domstolen i 2000. For tall på dette se. Høstmølingen s. 309. Nå! Høstmølingen, Står Den europeiske menneskerettighetsdomstolen for fall? Lov og Rett 2005 s. 308 flg.

er det søkt å beskrive rettstilstanden slik den er i dag. Det blir likevel pekt på steder der det kan forventes en utvikling og det vil presenteres ideer om hvordan reglene kan eller bør bli.

7.1.3 EMDs Prejudikatsverdi

EMD er en internasjonal menneskerettighetsdomstol som står i en særstilling. Den har et fast daglig virke og den avgjør saker med bindende virkning mellom individet og medlemstatene. Dette gjør at domsgrunnene blir klare og faste. Domstolens oppgave er å avgjøre saker mellom partene. EMD er ikke bundet av sine tidligere avgjørelser. Likevel, av hensyn til foruberegnelighet for rettssubjektene, konsekvens og likebehandling vil domstolen avgjøre nye saker i tråd med tidligere praksis.³⁴ Det skal være sterke grunner for at EMD vil bryte med sin tidligere praksis.³⁵ Det er vist over at samfunnsutvikling kan ha ført til en utvidende tolking av konvensjonsforpliktelsene. Man kan likevel ikke utelukke at endringer i det internasjonale samfunnet kan gjøre at domstolen må justere kursen i restriktivt retning fordi avgjørelse i tråd med tidligere avgjørelser gir konsekvenser som ikke var tiltenkt i utgangspunktet.

7.1.4 Temaet i dommen må være tvangsretur.

Denne oppgaven har som tema å undersøke hvordan artikkel 3 verner mot tvangsreturnering av utlendinger, den såkalte ekstraterritorialvirkningen av artikkelen. Artikkel 3 verner selvsagt også mot den urettmessige behandlingen et individ kan bli påført i et konvensjonsland. I det sistnevnte normaltilfellet ser man på statens forpliktelser overfor mennesker på sitt territorium. I disse normaltilfellene har ikke staten noen argumenter om immigrasjonspress eller om fremmede borgeres skadeevne på sitt samfunn. For øvrig har en stat større forutsetninger og en sterkere oppfordring til å verne mennesker på sitt territorium mot dårlig behandling enn det den har for å verne mot dårlig behandling i en annen stat. Slikt sett er det grunner for at vernet etter artikkel 3 er sterkere i normaltilfellene

³⁴ Elgesem Tolking av EMK –Menneskerettsdomstolens metode i Lov og rett, 2003 s. 203. s. 212.

³⁵ Se saken *Christine Goodwin v. UK*, 11. juli 2002 der det blir uttalt at domstolen ikke bør bryte med tidligere prejudikater "without good reasons". Dette er observert av Elgesem s 212.

enn i saker som gjelder retur av utlendinger. Derfor kan kun dommer om retur av utlendinger brukes for å fastslå innholdet av vernet etter artikkel 3 i saker om tvangsretur. Noen framstillinger blander dommer om normaltilfeller inn i utgreiningen av returvernet og vice versa. Dersom man er på utkikk etter hvor langt returvernet i EMK artikkel 3 går må man alltid sjekke om dommene man bruker gjelder tvangsretur. Einarsen gir uttrykk for å ha ett motsatt syn på dette spørsmålet.³⁶ Alleweldt bruker dommer som gjelder medlemsstatenes forpliktelser overfor individer på territorium for å beskrive hva slags behandling artikkel 3 verner mot i returtilfellene.³⁷ Etter mitt syn har senere praksis belyst viktigheten av å skille mellom normal og returtilfellene. Dommer fra normaltilfellene kan kun brukes der disse begrenser returvernet i artikkel 3. De kan ikke brukes for å vise hvor langt returvernet kan strekke seg. Dette synet har forankring i domsresultater og uttalelser som uttrykkes i punkt 8.2.4.2. Der vil det fremgå hvilken standard det skal brukes for å fastslå innholdet i EMK artikkel 3.

7.2 Metodeprinsipper for å klargjøre innholdet i artikkel 1 og artikkel 33 i Flyktingekonvensjonen.

7.2.1 Folkerettslige tolkingsprinsipper

Ordlyden er også det naturlige utgangspunkt for forståelsen av Flyktningkonvensjonens forpliktelser. Også her er det begrenset hvor mye nytte man kan dra ut av språklige analyser. For eksempel ble ikke forfølgelsesbegrepet nærmere definert i konvensjonen fordi man mente at det var tjenelig å ha et fleksibelt begrep. Man ønsket å holde muligheten åpen for andre typer forfølgelse enn det man kunne komme på da konvensjonsteksten ble skrevet.³⁸ Så lenge fakta var klarlagt ville det i følge traktatkonsipistene være enkelt å fastslå hva som er forfølgelse.³⁹ Dette kan sees på som et mandat om at også Flyktingkonvensjonen skal praktiseres med en utviklende tolkingsnorm. At konvensjonen

³⁶ Einarsen side 433.

³⁷ Alleweldt i EJIL vol 4 s. 360 flg, se sidene 365-368.

³⁸ Goodwin-Gill s 69 og Einarsen s 266-267.

³⁹ Einarsen sitert i NOU 2004: 20 s 114. Han viser til Grahl-Madsen 1966 s 193 og Weis 1961 s 22.

har blitt praktisert utenfor de tids og stedsmessige begrensingene som var satt i artikkel 1B støtter også et slikt syn. Begrensende for en utviklende tolkingsnorm/forståelse er imidlertid at det ikke finnes noen autoritet som fortolker konvensjonen med bindende virkning for medlemstatene. FNs Høykommisjonær for flyktinger, UNHCR er i Flyktingkonvensjonens artikkel 35 gitt en overvåkende og veiledende status. Det gjør selvfølgelig at uttalelser derfra burde følges, men strengt juridisk er disse uttalelsene kun rådgivende.⁴⁰⁴¹ Høykommisjonæren har gitt ut en håndbok om hvordan konvensjonsforpliktelsene skal forstås. Innholdet i denne boken er også kun rådgivende der det går utover det som følger av konvensjonsteksten. I praktisering av Flyktingkonvensjonen er altså medlemsstatene gitt en sterk grad av skjønnsfrihet.⁴² Statspraksis kan være relevant for å forstå konvensjonen. Når det gjelder statspraksis som rettskilde må man ta med begrensingen som ligger i kravet til *oponi juris*. Kun den statspraksisen som medlemmene føler seg forpliktet til å føre kan brukes normativt. Dessverre er det ikke slik statspraksis utbredt.⁴³ Menneskerettighetene kan brukes som normer i fortolkningen av Flyktingkonvensjonen. Mer om dette under punkt 8.2.9.1.

7.2.2 Et norsk flyktningebegrep

Høyesterett har forstått det slik at innholdet i flyktningebegrepet etter flyktingkonvensjonen og etter norsk lovgivning har en ukrenkelig kjerne. Utenfor kjerneområdet vil det "være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en etter en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningebegrepet bør praktiseres og legge dette til grunn i sin praksis". Domstolenes prøvingsintensitet av innholdet i flyktningebegrepet har vært lav grunne av domstolenes manglende løpende kunnskap og innsikt i temaene som skal vurderes. Når domstolene tar stilling til innholdet i flyktningebegrepet blir derfor forvaltningens

⁴⁰ Se Konvensjonens fortale og artikkel 35 og 36. Einardsen side 650.

⁴¹ Eksempel på at uttalelsene ikke blir fulgt: Se innlegg i Dagbladet 7/8 2005 av Raymond Johansen, daværende generalsekretær i Flyktningehjelpen, om retur av somaliere mot FNs anbefalinger <http://www.dagbladet.no/kultur/2005/08/07/439477.html>

⁴² Også observert av Goodwin-Gill s 67.

⁴³ Se Goodwin –Gill s. 67 og studiene han viser til i sin note 147.

rettsoppfatning og praksis tillagt vesentlig vekt.⁴⁴ I motsetning til forpliktelsen som følger av EMK artikkel 3, er altså de nedre grensene vernet mot retur som følger av Flyktningekonvensjonen bestemt av norsk forvaltningspraksis. Norsk praksis vil imidlertid være bundet av lovgivning. Utlendingsloven kan ikke innskrenke utlendingens rettigheter som følger av Flyktningkonvensjonen, jf lovens § 4. Det er derimot ikke noe som hindrer at forpliktelsene i Flyktningkonvensjonen kan være utvidet av norsk lovgivning.

Utlendingsloven § 15(1) andre setning lyder:

”Tilsvarende vern (vern mot retur) skal gjelde utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningedefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.”

Ved første øyekast kan det se ut som lovgiver har ønsket å utvide forpliktelsen mot retur. ”Liknende grunner” er ikke et særlig presist vilkår og det er derfor lite egnet å bygge noe rettskrav om returvern på. Bestemmelsen er i hovedsak ment å dekke forpliktelsen som følger av EMK artikkel 3.⁴⁵ Det er lite som tyder på at bestemmelsen har blitt tillagt noen egen betydning i praksis.⁴⁶ Da det ikke er valgt å gå den norske praksisen i sømmene er det også for det første fordi den er utilgjengelig for offentligheten. Dessuten kan praksisen forandres av politiske føringer. At det er i gang en harmoneringsprosess i Europa gjør også at norske myndigheter vil være forsiktige med å føre en annen linje enn det som følger av folkeretten. EUs kvalifikasjonsdirektiv som går utpå å forplikte unionsstatene til en felles asylopolitikk er tuftet på folkerettslige forpliktelser.

⁴⁴ Sitatene er hentet fra Abdi dommen, Rt 1991s 592 side 595. Saken gjaldt flyktningebegrepet i relasjon til statusspørsmålet. Det kan derfor tenkes at forvaltningens vurderinger av flyktningebegrepet i relasjon til beskyttelsesspørsmålet vil være utsatt for en strekere prøvingsintensitet. I henhold til Einarsen er dette imidlertid ikke tilfellet, jf Einarsen, 1994 s 49. Flyktningebegrepet også i relasjon til bevisspørsmålet er i høy grad overlatt forvaltningens skjønn. Som fremhevet i NOU 2004:20 side 103, vil forskjellen på vurderingen av beskyttelses og statusspørsmålet i hovedsak vil gjelde bevisbedømmelsesregler

⁴⁵ Ref til Vanvik, Fisknes s. 163.

⁴⁶ Jf Einarsen 1997 side 46, 48 og 55.

8 Returvernet etter EMK artikkel 3 sammenliknet med vernet mot retur som følger av Flyktingkonvensjonen.

8.1 Hvem er beskyttet? Personelle begrensinger.

8.1.1 Rettighetshavers formelle og sosiale status i samfunnet.

Her skal det undersøkes hvordan det er stilt forskjellige formelle krav til personene som nyter beskyttelse av EMK artikkel 3 og reglene etter Flyktingkonvensjonen..

8.1.1.1 Innledende om EMK artikkel 3.

EMK artikkel 1, som blant annet definerer konvensjonens virkeområde, er skrevet uten noen vilkår knyttet til rettighetshaveren, jf ordet '*enhver*'. EMK artikkel 3 er også uten begrensninger til rettighetshaveren, jf '*ingen* skal bli utsatt for'. Ordlyden knytter altså ikke noe vilkår til søkerens nasjonalitet eller bosted. Beskyttelsen i artikkel 3 er heller ikke begrenset til å gjelde asylsøkere. Dette er bekreftet av Domstolens praksis. I *Chalal vs UK* fikk en søker som ikke hadde fått innvilget asyl behandlet sin sak om rett til opphold. Det samme følger av *Ahmed vs Austria*. Dommene blir behandlet like under i 8.1.2.2

8.1.1.1.1 Krav om å være reell asylsøker i artikkel 1, men ikke i artikkel 33.

Artikkel 1A, utlendingsloven § 16 sammenholdt med § 17, gir opphold kun til den som er "flykting". Inntil det er avklart om en søker innfrir disse kravene er han eller hun uansett vernet av artikkel 33. Det er imidlertid på det rene at det ikke kreves en formell godkjenning som flykting for at utlendingen er vernet mot retur. Artikkel 33 beskytter utlendinger mot retur også før det er på det rene om beskyttelsessøkeren innfrir kravene til beskyttelse. I utlendingsloven §15(1) fremgår dette av ordene "kan begrunne"

8.1.1.1.2 Forfølgelsesgrunnene i Flyktingkonvensjonen.

Vern mot utsendelse i Flyktningekonvensjonen artikkel 1A og i non-refoulement prinsippet i artikkel 33 gis kun dem som forfølges på grunn av *rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en sosial gruppe eller politisk oppfatning*. Alle personer som faller utenfor disse kategoriene faller utenfor beskyttelsen i Flyktningkonvensjonen. Dette er de klassiske forfølgelsesgrunnene. De er drøftet inngående i fremstillinger både for hva gjelder folkerettslige regler og norsk rett.⁴⁷ Som nevnt i avgrensningen undersøkes ikke de vilkårene som finnes i Flyktningkonvensjonen, men som ikke finnes EMK artikkel 3. Det er imidlertid interessant å vite hvilke persongrupper som faller utenfor kategoriene, men likevel kan nyte vern av artikkel 3. Det er:

- krigs eller borgerkrigsflyktinger
- personer som lider på grunn av en kaostilstand
- personer som har blitt påført sterke lidelser eller ikke får prekær behandling på grunn av ekstrem nød eller naturkatastrofer.
- grensetilfeller av politiske flyktinger
- grensetilfeller av medlem i sosial gruppe⁴⁸

8.1.1.1.3 Krav til årsaksammenheng i Flyktningkonvensjonen.

Ikke bare kreves det at beskyttelsessøkeren skal tilhører en av de overnevnte definerte gruppene for å vernes av Flyktningkonvensjonen. For å bli vernet må man være forfulgt ”på grunn” en av forfølgelsesgrunnene. Dersom man tilhører en av gruppene men blir forfulgt av andre grunner innfrir man ikke kravet til årsaksammenheng mellom forfølgelsen og en forfølgelsesgrunn.

8.1.1.1.4 Krav til årsaksammenheng i EMK artikkel 3?

Krav til årsaksammenheng i EMK artikkel 3 er formulert som et spørsmål om den urettmessige/dårlige behandlingen (ill-treatment) må blitt påført med intensjon om å

⁴⁷ Referanser til Einardsen, Gill, Vandvik, NOU

⁴⁸ Einarsen.....

frembringe lidelse. Harris drøfter på sidene 61-62 om behandlingen må ha som intensjon å frembringe lidelse hos rettighetshaveren for at den skal stride mot artikkel 3. Det hevdes følgende:

“in contrast with torture the treatment need not to be intended to cause suffering, although in practice it is likely that an intention will be present.”⁴⁹

Lambert støtter også synet om at intensjon ikke er nødvendig for brudd på artikkelen, men hun fremhever at praksis fra Domstolen ikke er konsekvent.⁵⁰ Ser man på de nyeste sakene som for eksempel D v UK, vil man se at det ikke er noe krav om at behandlingen må være gjort i hensikt om å frembringe lidelse hos rettighetshaveren. I denne saken ble det konstatert brudd på artikkel 3 uten at den urettmessige behandlingen var påført med intensjon om å frembringe lidelse. Saken behandles under punkt 8.2.8.

8.1.1.2 Oppsummering

EMK artikkel 3 beskytter mot retur selv om det ikke er bevist at beskyttelsessøkeren innfrir kravene til å være asylsøker eller 'flyktning'. Dessuten inneholder ikke EMK artikkel 3 noe krav om å tilhøre de persongruppene som blir nyter vern mot forfølgelse i Flyktingkonvensjonen. Det vil si at den som ikke kan begrunne seg forfulgt av de klassiske forfølgelsesgrunnene likevel har sjanse til å bli vernet av EMK artikkel 3. Det er videre klart at det ikke er noe krav om at behandlingen må være påført med hensikt eller intensjon om å frembringe lidelse for at den kan stride med EMK artikkel 3. Dette kan sammenliknes med det klare kravet til årsakssammenheng i Flyktingkonvensjonen. På disse punktene favner artikkel 3 vesentlig videre enn reglene i Flyktingkonvensjonen. Man kan si det så bastant som at EMK artikkel 3 setter et ubetinget vern med hensyn til den beskyttelsestrengendes formelle personlige kjennetegn.

⁴⁹ Harris 61-62. Med referanse til Ireland v UK, the Greek Case and Soering.

⁵⁰ Lambert s 533. Hun hevder at en holdning om intensjon syntes å være nødvendig i saken Abdulaziz, Calabes and Balkandali v UK. (1985).

8.1.2 Utelukkelse for personer med negative kjennetegn

8.1.2.1 Unntakelsesgrunnene fra beskyttelsen som følger av artikkel 33

Som nevnt i punkt 4.2 er 5 persongrupper utelukket fra beskyttelsen mot tvangsretur som artikkel 33 i Flyktingkonvensjonen gir. For oversiktens skyld gjentar jeg disse her.

Personer som har gjort seg skyldig i en forbrytelse mot freden, en krigsforbrytelse eller en forbrytelse mot menneskeheten.

Personer som har gjort seg skyldig i en alvorlig ikke politisk forbrytelse utenfor tilfluktslandet, før de fikk adgang til dette land som flykting.

Personer som har gjort seg skyldig i handlinger som er i strid med de Forente Nasjoners formål og prinsipper.⁵¹

Personer som med rimelig grunn anses som er fare for rikets sikkerhet.⁵²

Personer som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og som av denne grunn utgjør en fare for samfunnet.⁵³

8.1.2.2 Undersøkelse av EMK artikkel 3

Spørsmålet her er om kjennetegn ved rettighetshaveren så som tidligere samfunnskadelig eller kriminell aktivitet eller slik aktivitet i tilfluktsstaten kan utelukke for beskyttelsen i EMK artikkel 3. Som nevnt innledningsvis i punkt 8.1.1.1 har Artikkel 3 en ubetinget språklig utforming. Etter den alminnelige regel om traktatolking er det derfor naturlig å trekke en slutning om at kjennetegn ved rettighetshaveren ikke kan utelukke beskyttelsen artikkelen gir. Denne forståelsen er blitt bekreftet av Domstolen. I *Chalal v UK* kom

⁵¹ Dette følger av Flyktinkonvensjonens artikkel 1F

⁵² Dette følger av Flyktingkonvensjonen artikkel 33. 2. ledd.

⁵³ Dette følger av Flyktingkonvensjonen artikkel 33. 2. ledd.

spørsmålet opp til doms. Chalal hadde fått avslag på asylsøknaden sin fordi han var mistenkt for terrorhandlinger og ble av den britiske regjering ansett å være til skade for det britiske samfunnet. Domstolen uttalte:

*In these circumstances the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. The protection provided by Article 3 is thus wider than provided by (Flyktningkonvensjonens artikkel 33).*⁵⁴

Det blir videre understreket at det ikke er aktuelt å veie risikoen for behandling i strid med artikkelen mot statens grunner for å utvisning av utlendingen.⁵⁵ Domstolen tok altså utrykkelig stilling til spørsmålet om det var mulig å ta de negative virkningene beskyttelsessøkeren kunne påføre staten i betraktning når den skulle undersøke om tvangsretur ville stride med artikkel 3. Domstolen besvarte dette negativt og begrunnet sitt syn med blant annet at artikkel 3 beskyttet de mest grunnleggende verdier i et demokratisk samfunn, at artikkelen var unntaksfri og at derogasjon fra artikkelen ikke er aktuelt.⁵⁶ Etter å ha redegjort for grunnene for artikkel 3s unntaksfrihet kommer Domstolen med en generell uttalelse om at forbudet i artikkel 3 er absolutt også i utvisningstilfeller:

”The prohibition provided by article 3 is equally absolute in expulsion cases.”

En slik generell uttalelse vil ha prejudikatsverdi for senere saker. I senere avgjørelser har Domstolen også fulgt opp denne absolutte forståelsen av artikkel 3. I Ahmed v Austria ble en straffedømt vernet av artikkel 3 og i D v UK ga artikkelen beskyttelse til en utlending som forsøkte å innføre narkotika til Storbritannia.⁵⁷ Uønskede personlige kjennetegn kan altså ikke utelukke beskyttelse av EMK artikkel 3.

⁵⁴ Chalal v UK para 80.

⁵⁵ Chalal v UK para 80.

⁵⁶ Chalal v UK para 79.

⁵⁷ En liknende observasjon er gjort av Lambert (Refoulement) s. 522-523.

8.1.2.3 Skjerping av beviskrav for beskyttelsessøkere med negative egenskaper

Det går an å spore at EMD har justert beviskravene i statens favør der søkeren har hatt negative egenskaper. Det er særlig domstolens resonnering i saken H.L.R. v France som er grunnlag for dette synet.. H.L.R var en colombiansk statsborger som ble tatt for narkotikasmugling mellom Frankrike og Italia. Under avhørene hadde han avslørt bakmenn i Colombia og fryktet derfor grove represalier ved tvangsretur. HLR hevdet at represaliene han fryktet lett ville falle i kategorien av behandling artikkel 3 forbyr. Videre hevdet han at myndighetene i hjemlandet var uten vilje eller evne til å beskytte sine innbyggere mot slike private oppgjør. Domstolen fant at dette ikke var gode nok bevis for det HLR hevdet sik at artikkel 3 ikke var brutt. Å skjerpe beviskravene i beskyttelsessøkerens disfavør er i mot hensynet om å lempe beviskrav fordi konsekvensene av feil avgjørelse vil være fatale og oftest uopprettelige. Se punkt 9. H.L.R. var av en type personer som statene ikke ønsker i sitt samfunn. Det går an å ta saken til inntekt for at domstolen ikke innrømmer slike beskyttelsessøkere bevisfordeler.

Om beviskrav generelt se kap.9.

8.1.2.4 Oppsummering

For personer som har uønskede egenskaper gir EMK et utvidet vern i forhold til Flyktningekonvensjonen. EMK artikkel 3 har ikke personlige karakteristika som utelukkelsesgrunner og kommer således disse personene til redning mot utsendelse eller avvisning på grensa. Vi ser også at vernet etter Flyktningkonvensjonen har unntaksbestemmelser for personer som har gjort seg skyldig i forbrytelser utenfor tilfluktslandet. Dette er dette aktuelt å ha i mente i diskusjonen om de nedre grenser for forbudet mot retur til straff som kan stride med EMK artikkel 3, se punkt bla. Bla.

Egenskaper ved personen blir tatt med som faktorer for å vurdere hvor hard behandlingen vil bli for han. Dette må ikke blandes med den klare regel om at personlige egenskaper ikke alene kan utelukke noen for beskyttelse av artikkel 3.

8.1.3 Har utviklingen i internasjonal bekjempelse av terror noen innvirkning på det absolutte vernet artikkel 3 gir?

8.1.3.1 Folkerettslige kilder som kan tyde på en styrket rettsoppfating for terrorbekjempelse.

Chalal dommen ble avgjort i 1996. Her skal det undersøkes om det kan ha skjedd en utvikling i internasjonal rett som kan tyde på at resultatet i Chalal dommen kunne blitt annerledes i dag. Etter terrorangrepene 11. september 2001 og påfølgende katastrofer på Bali, i Madrid, Moskva, Beslan, London og nå nylig i Amman har bekjempelse av internasjonal terror kommet på dagsorden på en helt ny måte.⁵⁸

Selv om Chalal dommen er klar på at torturvernet gjelder også for terrorister har den blitt kritisert. Den britiske regjeringen mener fortsatt at domstolen har gått utover sin myndighet i Chalal. Se sidene til anti-tortur foreningen.⁵⁹ I dommen H.L.R. v France er det indikasjoner for å gjennom den skjerpede bevisbedømmelsen i statens favør. H.L.R. var narkotikaforbryter det er en type personer som statene ikke ønsker i sitt samfunn. Dersom det finnes motstridende rettskilder, kan Domstolen endre eller justere kursen bort fra resultatet i Chalaldommen. For eksempel slik at det i realiteten stilles sterkere beviskrav eller at det stilles sterkere krav til den urettmessige behandlingen i disse tilfellene. Domstolen har begrenset anvendelsen av sine avgjørelser tidligere, se mangel på behandling.

Av internasjonale kilder har man FN sikkerhetsråds resolusjon 1373 av 28.sept 2001 som forplikter medlemslandene til å avstå fra terrorvirksomhet og bekjempe terrorvirksomhet.

⁵⁸ Temaet er gitt interesse i NOU 2004:20 s 131flg.

⁵⁹ Gi ref til internettsiden. ATC.org

I følge Lovutvalget for ny utlendingslov ”kan det ikke hevdes at resolusjon 1373 på noe punkt er uforenlig med eksistensen av et absolutt vern mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling”.⁶⁰ Det er spesielt forbudet mot å gi terrorister trygt tilholdssted (safe heaven) som kan problematiseres.⁶¹ Utvalget når sin konklusjon ved å systemtolke forbudet mot å gi trygt tilholdssted med en oppfordringen i resolusjonen om at terrorister skal straffedømmes, primært i tilfluktsstaten. Det er en tolkingsmetode og et resultat som virker fornuftig. At resolusjonen *ikke er uforenlig* med det absolutte vernet i artikkel 3 betyr derimot ikke at den kan sees på som en del av en folkerettslig vridning mot å unnta terrorister rettigheter og rettsikkerhetsgarantier.

Statspraksis har den senere tid gått i retning av skjerpede terrorlover eksempelvis ved skjerpede grensekontroller, anløp for skip, overvåking av mistenkte og fengsling av mistenkte uten sterke bevis. Dette har skjedd både på den nasjonale⁶² og den internasjonale arena.⁶³

8.1.3.2 Begrensinger av indikasjonene om en svekket rettstilling for terrorister

Indikasjonene om en svekket rettstilling for terrorister betyr imidlertid ikke at tortur eller torturliknende behandling er blitt et legalisert virkemiddel eller at utvisning til slik behandling er godtatt. I kampen mot terror er det nettopp torturering av fanger eller utviste som pressen, organisasjoner og myndigheter hylar (protesterer) mot. De andre terrorbekjempende tiltakene blir gjennomført uten samme motstand. Enn om man kaller bekjempelsen av terroren en krig eller innfører unntakstilstand er EMK artikkel 3 fortsatt immun mot unntak gjennom derogasjonsforbudet i artikkel 15(2). Derogasjonsforbudet legger bånd på statens juridiske handlefrihet. Som nevnt i hensynkapittelet 4. bla er det blitt hevdet at torturforbudet er et ufravikelig prinsipp i folkeretten såkalt jus cogens. Disse sterke argumentene fremheves stadig av EMD i saker når det blir tatt stilling til spørsmålet

⁶⁰ NOU 2004:20 på side 132 og 133

⁶¹ punkt 2 bokstav c

⁶² Ref til terrorlover

⁶³ Ref til en avisartikkel jeg leste i sommer om at usa utviser til tortur.

om artikkel 3 er absolutt.⁶⁴ Chalaldommen står ikke aleneTorture.⁶⁵ Sjekk ut said v Netherlands.

Det finnes også praktiske argumenter for et absolutt vern selv der det er tale om å beskytte terrorister mot tvangsretur. Globaliseringsprosessen har gjort at det ikke er mulig for stater å gardere seg mot terror ved å utvise eller utelukke noen fra territoriet. Å holde på terroristene kan være like effektivt som å utvise dem. Returforbudet i EMK artikkel 3 stenger kun for utlevering til regimer der individet kan bli behandlet på en på en svært nedverdiggende, og menneskeverdiskrenkende måte. Det særskilte forbudet stenger ikke for utlevering til straffeforfølgning innenfor menneskerettslige grenser.

8.1.3.3 Konklusjon

Inntil videre er det klart at terrorister og terrormistenkte også nyter returvernet i artikkel 3. Det er sterke argumenter for at retur vil være i strid med artikkel 3 også der terrorister nyter vernet også i fremtiden. Dette er likevel et sted der det kan skje en innskrenking av vernet. Det kan skje ved en bastant snuoperasjon. Domstolen kan også justere kursen litt etter litt i framtidige saker. Det er derfor viktig å lese saksforhold og uttalelser grundig i framtidige retursaker med personer som har farlige eller uønskede egenskaper.

8.1.4 Ideer om det hvordan det absolutte vernet i artikkel 3 kan bli begrenset

8.1.4.1 En differensiering basert på hensyn

Det er et syn at personer som har gjort straffbare handlinger i hjemlandet eller oppholdslandet har gjort seg 'mindre fortjent' til beskyttelse. Dette hensyn har kanskje feste i den alminnelige rettsoppfatning og lite feste i statens rasjonelle interesser. Hensynet bygger mer på moralsk fordømmelse enn formålsbetraktninger. Statens mest

⁶⁴ Gi henvisning til til nye dommer, D v UK, Said?? Om hensynene se Soering para 86-87??

⁶⁵ Commity Paez v Sweden. Comm 39/96 7.mai 1977 observert av Lambert 522.

beskyttelsesverdige interesse er jo som tidligere nevnt å ikke være forpliktet til å ta i mot folk som skader samfunnet. Altså bør den samfunnskadelige effekten av handlingen vektlegges mer enn den moralske fordømmelse folk flest gir handlingen. En terrorhandling eller notorisk narkotikasomsetning kan ha store skadevirkninger. Derimot vil et engangstilfelle av for eksempel vold eller tyveri være en handling som folk flest synes er ekkel, men den har ikke evnen til å skade mengden. Anvender man hensynene bak reglene vil man se at sikkerhet og orden i samfunnet er viktigere enn å gi etter for moralsk fordømmende synspunkter. Som nevnt under hensynskapitlets punkt 6.1.1.1.1 minker det legislative grunnlaget for returforbudet i tilfellene der behandlingen som fryktes er mindre grov. Der den fryktede urettmessige behandlingen ved retur er i det nedre grensesnittet for hva som strider med artikkel 3, og skaden eller trusselen beskyttelsessøkeren kan utøve på mottaksstaten er høy er hensynet for å nekte tvangsretur spesielt svakt. For disse tilfellene kan det være grunn til å gjøre unntak fra det absolutte vernet artikkel 3 gir.

8.1.4.2 Alternative løsninger

Det er kanskje ikke hensiktsmessig å sende terrorister eller andre som skader samfunnet hjem i alle tilfeller. I en uorganisert stat kan terroristene i mange tilfeller unngå straff. I noen tilfeller har de også anledning til å drive sin virksomhet videre i det skjulte. Globaliseringsprosessen har gjort det mulig å oppholde seg i ett land og virke i ett annet. Alternativet for tilfluktsstaten kan være å gi disse personene midlertidig opphold med innskrenket frihet. For eksempel kan de nektes pass, og det kan være rimelig at terrorister må oppholde seg et bestemt sted eventuelt under oppsyn.⁶⁶ Der bevisene er sterke nok kan disse personene settes midlertidig i varetekt eller dømmes til fengsel. Staffeloven gjelder for de groveste forbrytelsene selv om disse er begått av utlendinger i utlandet.⁶⁷

⁶⁶Slike løsninger er foreslått i forslag til ny utlendingslov, utkastets paragraf §85.

⁶⁷ Staffeloven § 12.første ledd nr 4.

8.2 Hva slags overgrep er rettighetshaver beskyttet mot?

8.2.1 Innledning og oversikt

EMK artikkel 3 gir beskyttelse mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende straff og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Jeg vil behandle alternativene i den nevnte rekkefølge. Siden vil jeg sammenlikne dette innholdet med forfølgelsesbegrepet i artikkel 1 i Flyktingekonvensjonen.

8.2.2 Tortur

Tortur er kjernen av det artikkel 3 verner mot. Torturbegrepet byr ikke på de mest innviklede tolkingsproblemer. I henhold den alminnelige regel om tolking av traktater⁶⁸ vil ordet tortur etter normal forståelse kunne favne en hvilken som helst handling som påfører offeret fysisk eller psykisk smerte.⁶⁹ En snever forståelse av 'tortur' er at overgrepet må gjøres med hensikt å få ut informasjon eller bekjennelser fra den som tortureres. Her går det an å se hen til definisjonen av tortur i FNs Torturkonvensjon som nevner at utøvere av tortur også kan ha andre hensikter ved handlingen. Der er det nevnt at tortur også kan brukes som straff og nedverdiggelse (intimidation).⁷⁰ Over i punkt 8.1.1.4. er det vist at den urettmessige behandlingen beskyttelsessøkeren er vernet mot i EMK artikkel 3 ikke trenger å være påført med noen hensikt i det hele tatt. Generelt sett har Domstolen har oppfattet tortur som:

'deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering'.⁷¹

⁶⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties article 31.

⁶⁹ Se Harris på s. 61, med henvisning til

⁷⁰ The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, article 1.

⁷¹ Ireland v UK para 167 observert av Alleveldt.

Det er ikke noen grunn for å strekke definisjonen av tortur i artikkel 3. Mildere behandling som gir mindre alvorlig og forferdelig (cruel) lidelse vil uansett samles opp av betegnelsen 'umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff'. Her vil Domstolen hoppe over gjerdet der det er lavest. Likevel er det et poeng om behandlingen som fryktes kan karakteriseres som tortur, torturliknende eller at behandlingen har like sterk effekt i seg selv som tradisjonell tortur. I så tilfelle vil eksistensen av denne behandlingen i selv være nok til å beskytte hvem som helst i en hvilken som helst situasjon mot tvangsretur. Det vil da ikke være nødvendig å veie personlige egenskaper eller andre omstendigheter i saken opp mot behandlingens grovhet. Mer om denne balanseringen like under.

8.2.3 Generelt om umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff

8.2.3.1 Oversikt

"Umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff" er en bred term. Ordenes alminnelige mening peker i retning av det man forstår med tortur. Likevel rommer særlig ordet *"behandling"* mye videre en tortur. Det finnes altså straff eller behandling som anses som "nedverdiggende eller umenneskelig" uten at det er det man oppfatter som tortur i tradisjonell forstand. For å finne svar på hva begrepene dekker må vi se på Domstolens praksis.

Jeg vil først undersøke hva som ligger i *"umenneskelig eller nedverdiggende straff"*.

Deretter vil jeg vise hva som skal til for at *"behandling"* i hjemlandet vil være umenneskelig eller nedverdiggende. Tilslutt vil jeg se på tilfellene der mangel på omsorgsbehandling i hjemlandet vil gjøre retur umenneskelig eller nedverdiggende. Aller først vil jeg vise noen generelle retningslinjer som Domstolen bruker i sin undersøkelse av brudd på artikkelen.

8.2.4 Generelle retningslinjer

8.2.4.1 Konkret helhetsvurdering

Man må være klar over at Domstolen undersøker den aktuelle behandling eller straff etter en konkret helhetsvurdering i hver sak. Om det er brudd på artikkel 3 kommer an på alle omstendighetene i saken så som behandlingens varighet og dens fysiske og mentale effekt på rettighetshaveren. I noen saker vil også kjønn, alder og offerets helse bli tatt i betraktning. Domstolen uttrykker dette poenget med standardformuleringen:

“it (breach of article 3) depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.”⁷²

Addo og Greif hevder følgende:

*“all forms of ill-treatment are prohibited with equal force no matter which end of the spectrum they fall”.*⁷³

Det er klart at Domstolen undersøker torturliknende behandling med samme metode som den undersøker mangel på medisinsk behandling, men der behandlingen i seg selv er en grov integritetskrenkelse, kreves det ikke at rettighetshaveren er spesielt utsatt. Domstolen vil se på varigheten og effekten av behandlingen når den vurderer om behandlingen er i strid med artikkelen. På denne måten vil behandling som normalt gir sterke lidelser lettere føre til brudd på artikkelen enn mildere behandling. I den forholdsvis ferske avgjørelsen *Bensaid v UK*, led søkeren av schizofreni fryktet lidelser på grunn av mangel på behandling i hjemlandet. Her er et utdrag av domsslutningen:

⁷² Cruz Varaz v Sweden para 83.

⁷³ Addo and Grief.

*“The Court accepts the seriousness of the applicant's medical condition. Having regard, however, to the high threshold set by Article 3, particularly where the case does not concern the direct responsibility of the Contracting State for the infliction of harm, the Court does not find that there is a sufficiently real risk that the applicant's removal in these circumstances would be contrary to the standards of Article 3. The case does not disclose the exceptional circumstances of D. v. the United Kingdom”*⁷⁴

Selv om ikke domstolen uttaler det direkte, er dommen et eksempel på at dersom søkeren frykter en type dårlig behandling som i seg selv ikke er særlig grov, vil det stilles ekstra krav til de øvrige momentene i helhetsvurderingen. Domstolen dette ved å stille krav om at eksepsjonelle omstendigheter må være tilstede i slike saker for at for at artikkel 3 kan gi vern. Mer om dette under mangel på behandling i punkt 8.2.6.

8.2.4.2 Standarden for behandling eller straff i strid med EMK artikkel 3

Sitatet like over viser også at Domstolen i sin helhetsvurdering tar i betraktning at utsendelsesstaten ikke var direkte ansvarlig for mangelen på behandling. Dette belyser det metodiske poenget jeg framhevet tidligere om at kun returneringsdommer kan brukes for å finne innholdet i returvernet. Terskelen for brudd på EMK artikkel 3 i saker som gjelder medlemsstatenes direkte forpliktelser for individer på sitt territorium er lavere enn den som gjelder i for den urettmessige behandlingen som fryktes i returlandet. Selv om graden av hva slags behandling som kan aksepteres vil variere på grunn av omstendigheter i hver konkrete sak, er det klart at praksisen for straff eller annen dårlig behandling i hjemlandet ikke er relevant i vurderingen. Det ble avklart i Soering saken der Domstolen slo klart fast at behandlingen i returlandet må bli målt etter ”europeisk standard”.⁷⁵ Den standarden det her er tale om er som nettopp nevnt ikke den samme som EMK setter pålegg eller forbud for en medlemstat for behandling av individer på sitt eget territorium. Om Europarådets torturkomité eller om EMD hevder konvensjonsmedlemmers praksis bryter med EMK

⁷⁴ Bensaid v UK para 40. Dom av 6. februar 2001.

⁷⁵ Soering v U para 88 og para 93.

artikkel 3 er det ikke sikkert at retur av en utlending til tilsvarende praksis utenfor konvensjonsområdet er i strid med artikkelen.

8.2.5 Umenneskelig eller nedverdiggende straff

8.2.5.1 Oversikt

Dette kapittelet skal gå nærmere inn på hva som er umenneskelig eller nedverdiggende straff. Som nevnt like over blir dette temaet avgjort i en helhetsvurdering der alle omstendigheter i saken blir tatt i betraktning. Det er derfor vanskelig å trekke opp den nedre eller øvre terskelverdien for hva slags straff som er i strid med artikkelen. Det vil variere med egenskaper hos beskyttelsessøkeren. Det kan også tenkes at hva den returvernedede er beskyttet mot også kan variere med risikoen for at den urettmessige straffen vil materialisere seg. Jeg skal likevel her forsøke å si noe generelt om hva slags straff artikkelen beskytter mot gjennom en kasuistisk framstilling. I slutten av kapittelet kommer en litt fri hensyndrøftelse om returforbudet forhold til den fryktede straffen i hjemlandet.

8.2.5.2 Dødsstraff

EMK artikkel 2 som beskytter rett til liv forbyr ikke utvisning, utsendelse eller utlevering til dødsstraff⁷⁶. Derimot slo Domstolen fast i den prinsipielle Soeringsaken at det kan være i strid med artikkel 3 å utlevere en person til et land der han vil risikere dødsstraff.

Soering var en ung mann av tysk nasjonalitet som var anklaget for å ha drept sin kjærestes foreldre i Virginia i USA. For gjerningen risikerte Soering dødsstraff i Virginia.

Domstolen slo ikke fast et generelt forbud om utlevering i dødsstrafftilfeller. Den avgjorde bare at under de spesielle omstendigheter i saken ville utleveringen være en reel risiko for å bli utsatt for tortur, eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Det var frykten og lidelsen Soering ville bli utsatt for i vente på å bli drept som Domstolen fant

⁷⁶ Se Harris s 45-46.

uforenlig med beskyttelsen i artikkel 3.⁷⁷ Soerings unge alder og andre omstendigheter i saken hindret utleveringen av Soering.

Ut av dommen kan man trekke slutningen at retur til dødsstraff i seg selv ikke nødvendigvis vil være en beskyttet av artikkel 3, men tvangsretur kan i visse tilfeller være vernet av artikkel 3. For norsk retts vedkommende vil en utlending uansett være beskyttet mot dødsstraff. Norge har knyttet seg til avtaler som forbyr utlevering eller retur til dødsstraff.⁷⁸

8.2.5.3 Vilkåret spesiell nedverdiggende straff.

All straff kan sees på som nedverdiggende. Definisjonen av straff er at det er et onde påført ett individ med den hensikt at det skal være et onde.⁷⁹ Straffen er med andre ord en nedverdiggelse. I ethvert samfunn vil straff være et nedverdiggende stigma. Det nedverdiggende ved straffen kan gjøre at gjerningsmannen vil avstå fra den kriminelle handlingen. I denne sammenheng har domstolen uttalt:

“in order for a punishment to be degrading and in breach of Article 3, the humiliating or debasement involved must attain a particular level and must in any event be other than the usual element of humiliation.”⁸⁰

Det er altså et krav om at straffen er spesielt nedverdiggende for at den kan statuere brudd på artikkel 3.

Hva som er akseptable standardnivåer for den vanlige nedverdiggende effekten av straff i regimer utenfor Europa er ikke lett å si. For den nedverdiggende delen av straffen som

⁷⁷ Se Soering para 100.

⁷⁸ EMK tilleggsprotokoll 7 og 13

⁷⁹ Skriv dette mer presis m henvisning.

⁸⁰ Tyrer v UK para 30. se også Harris s. 85 Uttalelsen er fra en dom som ikke gjaldt tvangsretur. Dommen gjaldt en gutt som ble fysisk straffet på skolen i Storbritannia. Jeg bruker uttalelsen i dommen som reduserer vernet i artikkel 3. Vilkåret at straffen må være spesielt nedverdiggende vil også gjelde i returtilfellene.

utelukkende er av sosial karakter er det større grunn til å godta at kan være strengere på grunn av kulturelle og religiøse normer enn staffen som er nedverdiggende i måten den krenker menneskeverdet med fysisk eller psykisk lidelse. Dette er et syn som har rotfeste i hensynene i kapittel 6. Der fremgår det som nevnt at returforbudet i artikkel 3 skal være stekt fordi det beskytter menneskeverdets integritet og fordi den fryktede menneskerettighetskrenkelsen kan gi uopprettelige skader. For den delen av straffen som kun er en sosialt nedverdiggende slår ikke disse hensynene fullt ut. Mer om særhensyn i forbindelse med straff i strid med returforbudet i EMK artikkel 3 under punkt 8.2.5.7.

8.2.5.4 Fysisk umenneskelig straff

Når det gjelder fysisk avstraffelse har domstolen ført en streng linje. Det kommer klart til uttrykk i den ferske saken Said v Netherlands. Said var en eritreer som hadde desertert. Ved å bli tvangsreturnert til Eritrea fryktet han å bli utsatt for avstraffelsesmetoder fra hæren. Her er et utdrag fra dommen.

Court further takes note of the general information from public sources describing the treatment meted out to deserters in Eritrea (see paragraphs 25 and 31-35 above), which ranges from incommunicado detention to prolonged sun exposure at high temperatures and the tying of hands and feet in painful positions. There can be no doubt that this constitutes inhuman treatment.⁸¹

Vi ser at domstolen finner at en behandling som kunne variere fra isolasjon i varetekt, til å bli eksponert for strek sol, og til å bli bundet i ben og armer i smertefulle posisjoner, *uten tvil* vil være umenneskelig behandling. "Uten tvil" er sterke ord i en domsuttalelse. Det vil si at Domstolen sannsynligvis heller ikke vil godta mildere behandling enn eksemplet i dommen. I Jabari v Turkey var det klart at returnering av en kvinne som risikerte steining for utroskap i Irak ville stride med artikkel 3.

⁸¹ Said v Netherlands, 5. juli 2005 para 54.

8.2.5.5 Psykisk umenneskelig straff

Den umenneskelige straffen kan både være fysisk og psykisk eller en kulminasjon av begge elementer. Det ble slått klart fast i Soering dommen. Det var ikke den fysiske avliving som gjorde ulevering i strid med artikkel 3, men det psykiske kjøret Soering ble utsatt for på death row. I denne vurderingen vil det spesielt bli lagt vekt på egenskaper hos beskyttelsessøkeren.

8.2.5.6 Staff fra private aktører: Vold i fengsel, straff fra familie etc.

Det blir vist senere at det ikke er noe krav om at myndighetene utfører for den umenneskelige behandlingen eller straffen, se punkt 8.3.1. Å bli sendt i et fengsel der myndighetene godtar vold mellom fanger vil da være straff i strid med artikkel 3. Det samme vil være der myndighetene ikke forhindrer at en type fanger mishandler en annen type. På linje med vold i fengsel vil represalier fra andre private aktører kunne begrunne returforbud der myndighetene ikke har vilje eller evne til å gripe inn. Familievold være aktuelt i denne sammenheng. Alt fra kjønnslemlestelse til husarrest kan tenkes å stride med returforbudet. Det å blir utestengt sosialt er som nevnt kanskje ikke inngripende nok i seg selv til å forby retur. Det kan likevel tas med i en helhetsvurdering.

8.2.5.7 Spesielle hensyn for og i mot forbud om retur til umenneskelig straff

8.2.5.7.1 Argumenter mot beskyttelse mot umenneskelig og nedverdiggende straff

Holder man en lav standard for hva slags straff som strider med returforbudet i artikkel 3, kan kriminelle i land med strenge straffemetoder slippe unna ett rettsoppgjør ved bare å forlate landet. Slik kan landets rettsystem underkjennes. Derfor bør kriminelle kunne tilbakesendes til ett rettsoppgjør. Det er også bedre muligheter for å klare opp saken der den har skjedd. Dessuten blir ikke den mistenktes rettsikkerhetsgarantier i varetatt ved en prosess i tilfluktstaten blant annet fordi han liten mulighet for å imøtegå vitneutsagn eller føre vitner selv.

Man kan også godta at det finnes strengere, mer nedverdiggende eller mindre humane avstraffelsesmetoder i andre samfunn av hensyn til kulturelle eller religiøse forskjeller. Religion og kulturnormer styrer ordenen i de fleste samfunn. Man hører dessverre oftest om de dårlige sidene ved dette fenomenet. Religion og kulturelle normer er mange steder limet i samfunnsmoralen. Uten en felles oppfattelse av hva som er rett og hva som er galt ville et samfunn vanskelig fungert. For at samfunn skal kunne fungere er det derfor grunn til å godta at det finnes ulike oppfatninger om moral, rett og straff. Av respekt for andre kulturer og religioner og av respekt for folkeslags rett til å bestemme over seg selv er det også grunn til å godta at noen regimer har strengere straffer enn hva andre har. Av nettopp denne grunnen har europeiske stater gitt hverandre selvbestemmelsesrett for noen av de ikke-absolutte rettighetene i EMK.⁸²

Kriminelle har ikke samme ”beskyttelsesverdighet” som andre beskyttelsessøkere. Derfor finnes det utelukkelsesgrunner for kriminelle i FNs flyktningskonvensjon. Dette rettferdighetsargumentet taler også for ett innskrenket returvern for kriminelle.

8.2.5.7.2 Argumenter for å beskytte mot umenneskelig eller nedverdiggende straff

På grunn av human utvikling i samfunnet og på grunn av verdighet for mennesket har siviliserte rettsystemer for flere hundre år siden gått bort fra umenneskelige avstraffelsesmetoder. Det hang nok igjen elementer av grov nedverdiggelse i straffemetodene også på 1800 tallet, men torturliknende og fysisk avstraffelse var noe av det man først gikk bort fra da individene fikk rettigheter i samfunnet. I lys av menneskerettighetenes unge historie og i lys av den akselerasjonen man har sett i menneskerettighetsutvikling det siste halve århundre vil det å godta slike avstraffelsesmetoder i dagens samfunn være utenkelig. Det vil være å gå tilbake til tilstander som fantes i menneskerettighetenes urtid.

⁸² For eksempel godtar EMK art 10 at ytringsfriheten differensieres i henhold til lands forskjellige moralske standarder.

Menneskeverdet bør gis universell beskyttelse. I det minste skal ethvert menneske være beskyttet mot de groveste og mest integritetskrenkende overgrep. Derfor kan man ikke godta at umenneskelig avstraffelse kan skje bare fordi det utføres mot utlendinger i ett annet land.

8.2.5.7.3 Løsninger basert på hensynene

Skal man vurdere å returnere kriminelle er det viktig å undersøke om rettsystemet i hjemstaten fungerer. Dersom utlendingen kan være utsatt for tilfeldig fengslig eller avstraffelse er det ekstragrunn til å holde igjen mot retur. Det samme vil være der det er snakk om lover med tilbakevirkende kraft eller at personen frykter å bli dømt for noe han ikke har gjort. Hvis det derimot er et velfungerende rettoppgjør med sikkerhetsgarantier som venter utlendingen er det større grunn til å returnere selv om straffen er strengere enn den ville vært i Norge. Av hensynsdrøftelsen over kan man også slutte at det er mindre sterke grunner for å forby offentlige uthengninger enn den type nedverdiggelse som går på menneskeverdets fysiske og psykiske integritet. Når det gjelder umenneskelig avstraffelse vil man klart være utenfor hva som kan aksepteres av hensyn til de kulturelle eller religiøse forskjeller der den som staffes får varige merker på kroppen eller sinnet.

8.2.6 Generelt om umenneskelig eller nedverdiggende behandling

8.2.6.1 Skillet mellom straff og behandling

Det må bemerkes at Domstolen i sin vurdering av returforbudet ikke har gjort noe stort poeng ut av om det er *straff* eller urettmessig *behandling* utlendingen søker beskyttelse mot. Det er samme vurdering som gjøres uansett. Temaet kan også være om en straffereaksjon innebærer behandling i strid med artikkel 3(ill-treatment).⁸³ Det som er sagt over om den strenge linjen for fysisk straff gjelder også for fysisk umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Det må likevel bemerkes at nedverdiggende eller umenneskelig behandling har lavere terskelverdier enn ”straffetilfellene”. Det er fordi beskyttelsessøkeren

⁸³ Se Soering v UK og Said v Netherland

ikke har gjort noe ulovlig. Det er da ingen grunn for å påføre han dårlig behandling (ill-treatment). Straffereaksjonen har en opprettende og ”rettferdiggjørende” side som gjør at terskelen for brudd på artikkel 3 i disse tilfellene kan legges høyere.

Behandling i strid med artikkel 3 favner videre enn den straffen som strider med artikkelen. Ugrunnet eller usaklig begrunnet fengsling kan være ”umenneskelig behandling” selv om fengselsforholdene isolert sett ikke er å betrakte som ”umenneskelig eller nedverdiggende straff”. På samme måte kan andre, ellers rettmessige, straffereaksjoner som blir benyttet uten at det føres en ordentlig straffeprosess utgjøre ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling”.

8.2.6.2 Minstekrav til behandlingen styrke/voldsomhet

Umenneskelig eller nedverdiggende behandling er det videste alternativet artikkel 3 beskytter mot. Det er interessant å se på de nedre grensene for denne behandlingen. For at behandlingen skal stride mot artikkel 3, er det et minstekrav om at den må ha en viss styrke. Domstolen uttrykker dette i standardformuleringen:

*“Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of article 3”.*⁸⁴

Severity er et engelsk ord som brukes om sykdommer eller lidelsers kraftighet eller voldsomhet.⁸⁵ Dette kravet kan på norsk oppsummeres som at behandlingen som fryktes må være av en viss alvorlighetsgrad. Det er et minstekrav om at behandlingen må frembringe lidelse eller smerte på ett eller annet vis. Det er klart at lidelsen både kan være fysisk og psykisk.⁸⁶ Psykisk lidelse kan ha grunnlag i en frykt for å bli behandlet

⁸⁴ Ireland v UK para ... Siden denne dommen er kravet uttrykt i alle dommer som omhandler umenneskelig behandling . Se Harris side 61 og para 47. i Said v Netherlands.

⁸⁵ Kunnskapsforlaget. Engelsk blå ordbok 2002. s 970.

⁸⁶ Se Harris s. 62 og sakene han der viser til.

nedverdiggende eller umenneskelig.⁸⁷ I denne vurderingen vil beskyttelsessøkerens motstandsdyktighet bli tatt i betraktning. Momentene i denne vurderingen er nevnt over i punkt 8.2.4.1. En kasuistisk fremstilling av spesielle typer behandling som ligger i artikkel 3s nedre grensesjikt følger like under.

8.2.7 Traumer fra tidligere nedverdiggende behandling som vil blusse opp
Cruz Varaz saken behandler det vanskelige spørsmålet om tidligere nedverdiggende behandling kan ha skapt traumer og psykiske forstyrrelser som vil blusse opp hvis personen blir tilbakeført til åstedet. I Cruz Varaz saken kommer dette spørsmålet opp fordi situasjonen i Chile hadde bedret seg siden Cruz kom til Sverige. Svenske myndigheter mente at forfølgelse av politiske årsaker ikke lenger var utbredt i Chile og fant det derfor forsvarlig å sende Cruz tilbake.

I følge Cruz var han utsatt for forfølgelse, arrestasjoner og tortur som innebar slag, elektrostøt mot testikler og anus samt voldtekt. I følge legerapporter fra eksperter som hadde jobbet med pasienter med traumer fra liknende overgrep, var Cruz' oppførsel og forklaringer overbevisende. Etter ekspertenes syn var det rimelig å tro at Cruz hadde blitt utsatt for torturen og at han hadde sterke traumer som kunne ville materialisere seg ved tilbakesendelse. I en egen drøftelse om retur av Cruz vil gi han slike traumer at hjemsendelsen vil resultere i brudd på artikkel 3 gir Domstolen følgende uttalelse:

” In the present case the first applicant was considered to be suffering from a post-traumatic stress disorder prior to his expulsion and his mental health appeared to deteriorate following his return to Chile (see paragraphs 27 and 44 above). However, it results from the finding in paragraph 82 that no substantial basis has been shown for his

⁸⁷ Dette var saken for Soering.

*fears. Accordingly the Court does not consider that the first applicant's expulsion exceeded the threshold set by Article 3.”*⁸⁸

Domstolen godtok at Cruz hadde utsatt for slik behandling ekspertene hevdet og at traumer kunne materialisere seg ved retur. Likevel fant den det ikke bevist at torturen stammet fra myndighetene i Chile eller noen myndighetene kunne svare for. Derfor var det etter Domstolens syn ikke 'substantial basis' for at han har blitt utsatt for torturen av myndighetene i hjemlandet. Drøftelsen ble altså avgjort av bevismessige årsaker. Det var motstridigheter i Cruz' forklaringer. Dessuten hadde han ikke opplyst at han hadde vært politisk aktiv og blitt påført behandlingen før halvannet år etter han ankom Sverige.⁸⁹

8.2.7.1 Slutninger fra dommen

Domstolen foretar ikke en realitetsdrøftelse av om Cruz skal gis beskyttelse mot returnering fordi tilbakesendelsen vil gi ham traumer. Derfor er det vanskelig å si hva som er vilkårene for beskyttelse i en slik situasjon. En ting kan likevel trekkes ut av dommen: Det at domstolen setter av en egen drøftelse til å vurdere Cruz' posttraumer indikerer at artikkel 3 kan beskytte mot oppblussing av traumer. I følge Domstolens argumentasjon og resultat i Cruz Varas saken kan man likevel se en motvilje om at artikkel 3 skal verne i tilfellene der traumene ikke har utspring fra virkelige erfaringer. Dette peker i retning av at Domstolen ikke vil åpne beskyttelse av psykiske lidelser som har imaginær kilde.

8.2.7.2 Kritikk mot å utelukke psykiske lidelser som har imaginært utspring

Spørsmålet som diskuteres her er om den psykiske lidelse som artikkel 3 beskytter kun er forbeholdt frykt som følge av virkelige hendelser eller om det går an å inkludere opplevelse av en forferdelig frykt uten at denne frykten nødvendigvis var reel eller realistisk.

⁸⁸ Cruz Varaz 83-84 c.

⁸⁹ Cruz Vars para 78.

Alleweldt påpeker at det er beskyttelsessøkerens psykiske tilstand som er det avgjørende i disse tilfellene. Det bør da være hans subjektive frykt som skal være avgjørende.

“...the Court concluded that Cruz Varas had, due to the inconsistencies in his statements, not shown a ‘substantial basis’ for his fears. However, it is precisely such a basis that is not necessary. If subjective fear reaches a certain measure, even an imaginary fear can be relevant under Article 3 and rule out deportation. The violation of this Article in such cases, the inhuman action, is that the contracting state subjects the person to an experience which is extremely traumatic for him or her. This appears to have happened in the Cruz Varas case, and the Court’s argumentation, as far as this point is concerned, is unsatisfactory.”⁹⁰

Alleweldt hevder at beskyttelsessøkerens psykiske tilstand og lidelse er det avgjørende vurderingstemaet. Han ser ikke logikken i å utelukke imaginær frykt. En slik løsning vil også rime med den dynamiske tolkningsnormen. Utviklingen i medisin og samfunnet for øvrig har for lengst likestilt psykisk og fysisk lidelse. I mange tilfeller av tortur og frykt for tortur vil de psykiske skadene være verre enn de fysiske sårene. Psykiske skader bør derfor avverges. Skal man likestille psykisk og fysisk lidelse vil rettighetshaverens subjektive frykt for å bli torturert være grunn nok for gi han beskyttelse.

8.2.7.3 Argumenter mot å inkludere lidelser som har en imaginær kilde/utspring

Ved vurderingen av psykiske lidelser med imaginære utspring møter man på bevismessige problemer. Mistanken om at utlendinger kan 'juge på seg' lidelsene ulmer bak temaet. Det var nettopp bevisene som avgjorde Cruz' sak. Psykiatrien gir flytende og usikre svar. Det er heller ikke noen utbredt tradisjon for leger og psykiatere å overprøve hverandres vurderinger. Temaet er også lite overprøvbart for jurister. Domstolene vil også avstå fra å overprøve. Dette kan føre til en mengde saker og et uoverskuelig press på tilfluktsstaten. Mangel på anerkjennelse av andre vitenskaper bør ikke stå i veien for rettferdighet. Man

⁹⁰ Alleweldt på sidene 370-371.

kan løse noen av disse spørsmålene ved å opprette en egen nemd med forutsetninger som nærhet og fagkunnskaper. Likevel er psykiske lidelser er individuelt betinget og har ikke noen geografisk sammenheng. Det er et forhold tilfluktstaten umulig kan få oversikt over. Forenklete prosedyrer som 48 timers regelen om to døgn behandlingstid for personer som kommer fra forhåndsdefinerte trygge land blir uansett umulige å praktisere.

8.2.7.4 Oppsummering

Det finnes gode argumenter for å inkludere lidelser som kun har imaginært utspring. Likevel beveger man seg lagt fra kjerneområdet i artikkel 3 slik at det gjør at begrunnelsen vern mot denne type lidelser er svakere enn i andre tilfeller. At domstolen i en forholdsvis ny dom, *Bensaid v UK*,⁹¹ vurderer søkerens psykiske lidelser og sier at dette er en interesse som i prinsippet ikke er utelukket er indikasjon på å innlemme psykiske lidelser med imaginært utspring. Bensaid's lidelser (schizofreni) var likevel en definert, velkjent og utbredt sykdomskategori. Se mer om Bensaid-saken under punkt 8.2.8.2. Det er med andre ord ikke klare argumenter eller indikasjoner på hvordan EMK retten vil utvikle seg på dette området.

8.2.7.5 Kan vedtak om utvisning i seg selv stride med artikkel 3 der vedtaket fremprovoserer psykisk lidelse hos utlendingen?

Et særskilt problem er om det er lovlig i det hele tatt å treffe vedtak om utvisning etter utlendingslovens § 15 tredje ledd dersom utlendingen er vernet av artikkel 3. Norske utlendingsmyndigheter fatter vedtak om utvisning selv om utlendingen er vernet mot retur av eksempelvis EMK artikkel 3. Det er *Mulla Krekar* saken slik den står i dag et eksempel på. Den formelle hjemmelsrekken for å fatte vedtak selv om utlendingen er vernet mot retur skal vist være i orden. Det vil føre for langt å gjengi den her. Jeg viser til Lovavdelingens tolkningsuttalelse om temaet.⁹² Løsningen slik Lovavdelingen ser det er at det er lov å

⁹¹ *Bensaid v UK*. Dom av 6. februar 2001.

⁹² <http://www.dep.no/jd/tolkningsuttalelser/forvaltningsrett/012041-990106/ram004-bn.html#ram4>

treffe vedtak om utvisning selv om søkeren er utsatt for behandling i strid med artikkel 3. Staten må imidlertid med sikkerhet sørge for at vedtaket ikke iverksettes.

Det er likevel betenkeligheter ved denne løsningen der man har å gjøre med traumatiske personer. Det klart at torturofre eller mennesker som har levd i frykt er eksponert for sterke mentale ettervirkninger av den urettmessige behandlingen. Når et mennesket har klart å flykte fra situasjonen og kommet i gang med rehabilitering har det startet en prosess. Denne prosessen har til hensikt å glemme eller å leve videre uten å plages ved fortiden. Det er da klart at vedtaket om retur til torturstedet kan frembringe eller tilbakekalle slikt psykisk stress og slike traumer som er å betrakte som umenneskelig behandling.⁹³ Dersom staten er klar over utlendingens psykiske situasjon, vil faktisk også staten være mer direkte ansvarlig for å utløse traumene i disse tilfellene enn vanligvis i returtilfellene. I tråd med det jeg tidligere har hevdet i punkt 8.2.4.2 og 7.1.3. kan man da argumentere for at standarden for behandling i strid med EMK skal senkes til fordel for utlendingen.

8.2.7.5.1 Konklusjon

I tilfeller der utlendingen lider av traumer kan vedtak om utvisning i seg selv stride mot EMK artikkel 3.

8.2.8 Mangel på behandling i returlandet

Hittil har vi sett på hvordan artikkel 3 beskytter utlendingen mot handlinger som kan bli påført ham i returlandet. Temaet i dette punktet er hvorvidt mangel på behandling i returlandet kan hindre tvangsretur. Tankegangen er at hvis ikke rettighetshaveren er garantert en type positiv behandling vil returen være umenneskelig eller nedverdiggende for han.

⁹³ Jeg har fått inspirasjon til dette synet fra argumenter Alleweldt bruker der han kritiserer Cruz Varasdommen.

Grunnlaget for forbud mot retur i slike tilfeller er en den forholdsvis ferske dommen D v UK. D var opprinnelig fra øya St. Kitt i Karibia. Ved ankomst til Storbritannia ble han arrestert for besittelse av narkotika. Under fengselsoppholdet ble D gitt diagnosen HIV positiv og det ble konstatert at sykdommen hadde utviklet seg til AIDS. Hvis D måtte vende tilbake til St. Kitt ville han ikke få nødvendig medisinsk behandling som han hadde vendt seg til i Storbritannia. Domstolen fant derfor, at under disse omstendighetene, ville tvangsretur av D ville stride mot artikkel 3:

*"...in the very exceptional circumstances of this case and given the compelling humanitarian considerations at stake, it must be concluded that the implementation of the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3."*⁹⁴

8.2.8.1 Konsekvenser av prinsippet i D v UK

Dommen utvider området for artikkel 3 til også å gjelde en beskyttelse mot tvangsretur i tilfeller der det er mangel på medisinsk behandling som gjør situasjonen umenneskelig eller nedverdiggende. I Bensaid v Netherland uttaler domstolen at tilbakefall til en psykotisk tilstand i prinsippet ikke er utelukket av artikkel 3.⁹⁵ Dette er et prinsipielt viktig syn. Prinsippet i D v UK kan altså bli utvidet til å gjelde mangel på all type medisinsk behandling eller mangel på all type behandling i returlandet som vil gjøre situasjonen umenneskelig eller nedverdiggende for rettighetshaveren.

8.2.8.2 Begrensinger av prinsippet i D v UK

Dommen Bensaid v UK gjaldt tvangsretur av en algerier som led av schizofreni. Det ble hevdet at manglende behandling og øvrige påkjennelser som Bensaid ville bli utsatt for i Algerie kunne føre til at han ville få ett sterkt tilbakefall i sin positive sykdomsutvikling. Psykiatrisk ekspertise fremhevet at Bensaid ikke var i stand til å ta imot nødvendig hjelp og dersom han skulle få et tilbakefall ville det være *"a great risk that his deterioration would*

⁹⁴D v UK para 54, også observert av Lambert og Addo and Grief.

⁹⁵Bensaid v UK Para 37.

be very great and he would be at risk of acting in obedience to the hallucinations telling himself to harm himself or others."⁹⁶

Som nettopp nevnt uttalte Domstolen at lidelsen som Bensaid kunne få ved et tilbakefall prinsipielt sett kunne falle inn i vernet artikkel 3 gir.⁹⁷ Domstolen tok likevel i betraktning at det var muligheter for at Bensaid også kunne få et tilbakefall i Storbritannia. At Bensaid situasjon i Algerie ville være mindre fordelaktig enn i Storbritannia var ikke nok i seg selv for å oppnå vern av artikkel 3. Det ble også lagt vekt på at risikoen for tilbakefall og den hevdede mangel på behandling i Algerie i høy grad hadde spekulative elementer. Domstolen oppsummerte med at Bensaid sak ikke hadde slike eksepsjonelle sider som D v UK og avgjorde at retur ikke ville stride mot artikkel 3.⁹⁸

Bensaid-dommen er forøvrig et glimrende eksempel på at domstolen trekker inn bevisargumenter i vurderingen av behandlingens grovhet og beskyttelsessøkerens tilstand. Alt blir sauset sammen i en totalvurdering.

I saken S.C.C. v. Sweden⁹⁹ ble en kvinne fra ikke beskyttet mot tvangsretur til Zambia. Dette var en sak om adgang til domsavgjørelse (admissibility). Domstolen karakteriserte S.C.C sitt tilfelle som åpenbart grunnløst (manifestly ill-founded). I sin begrunnelse fremhever Domstolen at Ds tilfelle var eksepsjonelt. På tre punkter skiller S.C.C. saken seg fra Dv UK. For det første det var tilgjengelig medisinsk behandling i Zambia. For det andre hadde ikke S.C.C's sykdomsutvikling kommet særlig langt. Hun var ikke ennå avhengig av livsforlengende medisiner. For det tredje hadde S.C.C. nære slektninger i hjemlandet som kunne pleie henne når hun ble returnert. Nylig ble en annen sak som gjaldt en retur av en HIV positiv togoleser også avgjort "inadmissible" av Domstolen¹⁰⁰ Selv om HIV behandling i Togo var uhorvelig dyrt, var det teoretisk tilgjengelig i landet. Saken bekrefter

⁹⁶ Bensaid v UK para. 21.

⁹⁷ Para 37.

⁹⁸ Para 41 og 42.

⁹⁹ S.C.C. v. Sweden, dom av 15. februar 2000.

¹⁰⁰ Amegnigan v. the Netherlands, dom av 25. november 2004.

hvordan domstolen avstår fra å bruke prinsippet i D v UK. Isteden holder domstolen fast på at Ds sak inneholdt ”*very exceptional circumstances*”.¹⁰¹

Vi ser at domstolen har begrenset muligheten for at manglende behandling i hjemlandet skal kunne hindre tvangsretur. Saken må inneholde helt eksepsjonelle omstendigheter som gjør det tvingende nødvendig for beskyttelsessøkeren å få bli i tilfluktsstaten.

8.2.8.3 Oppsummeringskommentar

Det er den kumulative effekten av fysisk og psykisk lidelse hos rettighetshaveren som kan statuere beskyttelse av artikkel 3.¹⁰² Når Domstolen undersøker om det finnes tilstrekkelige omstendigheter i saken vil den holde grovheten av behandlingen opp mot hvor motstandsdyktig rettighetshaveren er.¹⁰³ Hvis artikkelen skal gi beskyttelse mot mindre grove overgrep, må det utsatte være spesielt utsatt for slik behandling. Også på områder hvor det er mulig at mange kan lide av samme type dårlig behandling i hjemlandet blir kravene til sakens øvrige omstendigheter og kravene til bevis hevet.

8.2.9 Sammenlikning med forfølgelseskravet i Flyktnigekonvensjonen

8.2.9.1 Presentasjon av 'forfølgelse' i artikkel 1.

Forfølgelse er ikke nærmere definert i Flyktingkonvensjonen eller dens forarbeider. I UNHCRs håndbok fremgår det at ulike forsøk på definere begrepets innhold ”har vært lite vellykkede”¹⁰⁴. Det kommenteres der at man ut i fra returforbudet i artikkel 33 kan slutte at dersom ’liv eller frihet’ er truet vil kravet til forfølgelse alltid være innfridd. Dessuten

¹⁰¹ Se sitatet like over, referanse i note 88.

¹⁰² Ahmed para 35. Observert av Lambert p. 533. Se de andre sakene som hun henviser til.

¹⁰³ Se Soering.

¹⁰⁴ UNHCR Håndbok punkt 51.

fremheves det at ”andre alvorlige krenkelser av menneskerettighetene...også vil utgjøre forfølgelse”¹⁰⁵

Internasjonale teoretikere har søkt å sette de mest alvorlige menneskerettighetene i en særstilling slik at krenkelse av disse alltid vil utgjøre forfølgelse.¹⁰⁶ De typer menneskerettigheter som det i EMK artikkel 15(2) er gjort forbud mot å gjøre unntak fra anses å stå i en slik særstilling. Det er blant annet retten til liv, retten til å slippe tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, forbudet mot slaveri og forbudet mot at straffelover gis tilbakevirkende kraft.

De ”mindre alvorlige” menneskerettighetskrenkelser kan også utgjøre forfølgelse der effekten på individet samlet sett er like sterk som de ufravikelige krenkelsene. I EUs kvalifikasjonsdirektiv, som tar sikte på å gjennomføre en felles asylpolitikk i Unionen, brukes denne tilnæringsmetoden.¹⁰⁷

Man må være klar over denne metodens begrensninger. Forfølgelsesbegrepet går inn i en helhetlig vurdering av hvem som er ’flykting’.¹⁰⁸ Denne vurderingen er i stor grad lik den samme som gjøres for å vurdere brudd på EMK artikkel 3. Helhetsvurderingen i Flyktingekonvensjonen tar imidlertid tilleggsmomenter i betraktning som ikke er relevante for brudd på EMK artikkel 3. Vurderingen av forfølgelsesbegrepet kan ikke løsrives helt fra at flyktingebegrepet krever forfølgelsesgrunn og årsakssammenheng. Temaet er ikke bare: Hva slags overgrep er flyktingen utsatt for? Man må også spørre: Hvorfor og hvordan blir han utsatt for overgrepene? Personer som er utsatt for en gjennomført politisk, religiøs, rasistisk eller etnisk diskriminerende prosess kan innfri kravet til ’forfølgelse’ uten at forfølgelsesmetoden i seg selv er særlig grov.¹⁰⁹ Systematisk diskriminering vil være forfølgelse selv om enkeltkrenkelsene er ”mindre alvorlige”.¹¹⁰ Slik

¹⁰⁵ UNHCR Håndbok punkt 51.

¹⁰⁶ Se Hathaway s 105-128 og Einarsen s 287-311

¹⁰⁷ Se direktivets art. 9 1 a og b

¹⁰⁸ Einarsen s 263 flg.

¹⁰⁹ Det diskriminerende aspektet i forfølgelsesgrunnene er særlig fremhevet av Einarsen på side 323.

¹¹⁰ Se også hva Einarsen skriver om systematisk diskriminering på side 304 og 305.

kan forfølgelsesbegrepet bli innfridd i tilfeller det kun er brudd på ”mindre alvorlige” menneskerettigheter.

På den annen side er ikke flyktingen beskyttet mot selv de alvorligste menneskerettskrenkelsene der disse overgrepene skjer uten hensikt, eller ikke retter seg mot de nevnte forfølgelsesgrunnene. Igjen kan man stille hjelpespørsmålet: Hvordan og hvorfor blir personen utsatt for overgrepene? Hvis svaret er at dette er helt tilfeldig eller at det er av helt andre grunner enn det Flyktingekonvensjonen beskytter mot, vil ikke forfølgelsesbegrepet kunne innfris. Eksempler på dette kan være når menneskerettskrenkelsene er utslag av en krigs-, kaos- eller nødstilstand.

8.2.9.2 Sammenlikning av forfølgelse med behandling og straff som strider med EMK artikkel 3

At ’forfølgelse’ retter seg mot noe mer aktiv og hjem søkende enn ’umenneskelig behandling’ kan man slutte fra en ren språklig sammenlikning av begrepene. Man skal være forsiktig med slike språklige tolkinger når begge ordene er oversettelser fra originalteksten. I en slik språklig sammenliknende analyse må man bruke ordene ’persecution’ og ’inhuman treatment’. Det er klart ’persecution’ er en mer målretta overgrepelsesform enn ’inhuman treatment’. Selv om man bruker ordene i de engelske originaltekstene kan man likevel ikke legge mye i en ren språklig analyse her. Det fremgår av forarbeidene til Flyktingekonvensjonen at man ikke la mye i forfølgelsesbegrepets innhold da det ble valgt. Mye tyder på at man ikke ønsket å definere ’forfølgelse’ klarere nettopp for å kunne operere med et fleksibelt begrep.¹¹¹ Både forfølgelse og umenneskelig behandling kan betraktes som språklige standarder.¹¹² Innholdet i begrepene styres av bredt anerkjente moralske eller sosiale normer¹¹³ Begrepene må sees i kontekst av samfunnsutviklingen og må avgjøres av domspraksis og statspraksis. Forfølgelse har blitt mindre utviklet enn behandling som strider med EMK artikkel 3. En årsak til dette er at

¹¹¹ Hathaway 1991s 102, Grahl-Madsen s 1966 s 193, Einarsen s 266 og Goodwin-Gill s 69.

¹¹² Se Einarsen s 287 flg.

¹¹³ Einarsen over, med referanser til definisjonen av rettslige standarder som gis av Ragnar Knofh i Rettslige Standarder, Oslo 1939 s. 4-5.

Flyktingkonvensjonen ikke praktiseres av en felles autoritet med bindende virkning for medlemsstatene. Isteden er medlemsstatene gitt en vid skjønnsmargin ved anvendelsen.¹¹⁴

8.2.9.2.1 Forfølgelse sammenliknet med behandling i strid med EMK artikkel 3

Ser man på 'forfølgelse' uten å trekke inn de øvrige vilkårene i Flyktingkonvensjonen kan man oppsummere som følger: Behandling i strid med EMK artikkel 3 vil som hovedregel alltid kunne falle inn i forfølgelsesbegrepet. Unntak fra denne hovedregel må gjøres der den umenneskelige eller nedverdiggende behandlingen som strider med artikkel 3 er langt mindre inngripende enn tradisjonell torturbehandling.

Forfølgelsesbegrepet kan fra en synsvinkel dekke videre enn behandling som strider med EMK artikkel 3. Forfølgelsesbegrepet kan ta opp i seg andre typer overgrep enn kun det ene menneskerettsprinsippet som EMK artikkel 3 verner. I vurderingen av hvor langt man går i å godta mindre grove overgrep som "forfølgelse", må de andre vilkårene for vern som flykting tas med som momenter. Der flyktingen er utsatt for en klar og gjennomført diskriminerende prosess, kan vernet i Flyktingkonvensjonen være vesentlig videre enn EMK artikkel 3. Dette er imidlertid det eneste området Flyktingkonvensjonen kan gi et videre vern mot retur enn EMK artikkel 3. I det store og hele er typer behandling som vernes av Flyktingkonvensjonen betydelig redusert på grunn av de spesielle vilkårene og utelukkelsesgrunnene i Flyktingkonvensjonen.

8.2.9.2.2 Forfølgelse sammenliknet med straff i strid med EMK artikkel 3

Når det gjelder forskjellen på straff i strid med EMK artikkel 3 og hvordan straff i hjemlandet kan være 'forfølgelse' kan man gi følgende oppsummering: Utgangspunktet er at straffeforfølgning som innebærer tortur eller umenneskelig behandling alltid vil kunne oppfylle kravet til forfølgelse. På denne måten er det store likheter mellom regelsettene. Forfølgelsesbegrepet kan som nevnt likevel ta opp i seg andre grove og mindre grove

¹¹⁴ Goodwin-Gill s 67.

menneskerettskrenkelser. Slik vil det også være i forbindelse med en straffeprosess. Vernet etter Flyktningekonvensjonen kan på dette punkt være videre enn EMK vernet. For å vite hvilke andre rettigheter konvensjonen kan beskytte i en straffeprosess må man trekke inn diskrimineringsaspektet. Mens EMK artikkel 3 har hovedfokus på straffereaksjonen har Flyktningekonvensjonen fokus på om prosessen er en rettmessig utnyttelse av straffesystemet. For å forstå hvordan "forfølgelse" skiller seg fra straffeprosess kan forskjellen på de engelske begrepene 'prosecution' og 'persecution' være et hjelpemiddel. I strafferettslig sammenheng relaterer 'prosecution' seg til rettmessig straffeforfølgelse. Derimot hvis straffeinstituttet brukes som ledd i 'persecution' vil det være misbruk av straffeinstituttet.¹¹⁵ Hvordan og hvorfor straffeinstituttet blir brukt i en prosess er hjelpespørsmål man må stille for å vite om individet er utsatt for 'forfølgelse' i Flyktningkonvensjonens forstand.

8.3 Hvem må stå for overgrepet?

8.3.1 Krav til overgriper i EMK artikkel 3?

Spørsmålet i dette avsnittet er om den urettmessige behandlingen eller forfølgelsen må komme fra en spesiell aktør. I saken Ahmed v Austria kom problemstillingen om krav til overgriper opp til doms. Ahmed var en somalier som hadde blitt fratatt flyktningestatus og blitt utvist fra Østerrike på grunn av lovbrudd han hadde begått der. I Somalia hadde Ahmed slektninger i The United Somali Congress. Det interessante i Ahmeds sak var at samfunnsstrukturen i Somalia hadde brutt sammen slik at Ahmed ikke sto i fare for å bli forfulgt av myndighetene, men av opposisjonsfraksjonen ledet av General Aideed. Domstolen tok opp spørsmålet i en særskilt drøftelse der den avviste Østerrikes innsigelse om at Ahmed ikke var utsatt for urettmessig behandling fra myndighetene, men fra private aktører.¹¹⁶

Domstolens uttalelser i Bensaïd v UK støtter denne løsningen og utvider prinsippet:

¹¹⁵ Se Einarsen s 594 som igjen viser til UNHCR Håndbok para 56-60.

¹¹⁶ Ahmed v Austria para 46. Også observert av Moore og Alleweldt.

*The court found that it is “not prevented from scrutinising an applicant’s claim where the source of proscribed treatment in the receiving country engage either directly or indirectly the responsibility of the public authorities of that country”.*¹¹⁷

D v UK har liknede uttalelser. Saken ble også avgjort i samsvar med uttalelsene. Etter EMK artikkel 3 er det altså ikke noe krav om at det aktuelle eller eventuelle overgrep blir begått av myndighetene i returlandet. I de tilfellene der manglende behandling i hjemlandet hindrer retur er det heller ikke noe krav om at det er noen aktør som påfører beskyttelsessøkeren dårlig behandling.

8.3.2 Krav til overgriper i Flyktingekonvensjonen?

For å bli vernet mot retur etter Flyktingekonvensjonen må det som nevnt foreligge en forfølgelsesgrunn og det må være årsakssammenheng mellom forfølgelsen og forfølgelsesgrunnen. Det er også vist at forfølgelsen er en mer målretta aktivitet enn behandling i strid med EMK artikkel 3. Der forfølgelsen er ledd i en systematisk diskriminering er ikke nødvendigvis dette alltid noen *aktivitet*. Forfølgelsen kan da skje ved hjelp av lovgivning eller normer som det er umulig å sette seg i mot. Da er forfølgeren styresmakten eller de gruppene som kontrollerer samfunnet.

Tidligere ble det krevd at forfølgelsen måtte komme fra staten. I EUs kvalifikasjonsdirektiv, som er en kodifisering av europeiske minstekrav, er det nå godtatt at flyktingen er vernet mot forfølgelse også fra andre enn myndighetene i returlandet. Denne praksisen føres også av norske myndigheter.¹¹⁸ Det sammensatte forfølgelsesbegrepet og krav til forfølgelsesgrunn gjør imidlertid at det må være en forfølger.

¹¹⁷ Se også Bensaid v UK op cit. Para 49

¹¹⁸ Vandvik 211.

8.3.3 Oppsummering

Det er i utgangspunktet ingen forskjell mellom reglene etter Flyktningkonvensjonen og EMK artikkel 3 på når det gjelder krav til overgriper. Ingen av regelsettene krever at hjemstatens myndigheter må være overgriperen. Et unntak må likevel gjøres for tilfellene der EMK verner mot retur på grunn av manglende behandling i returlandet. For disse tilfellene trenger det ikke å være noen overgriper i det hele tatt.

9 Bevisregler

9.1 Begrunnelse for spesielle bevisregler for avgjørelse av saker om tvangsretur.

Det er flere grunner for å operere med spesielle bevisregler i avgjørelse av retursaker. *For det første* er behandlingen eller forfølgelsen som fryktes i hjemlandet en forferdelig påkjennelse. I noen tilfeller ender det med døden og i de fleste tilfeller får beskyttelsessøkeren ulegelige sår på kropp og sinn. Derfor er det grunn til å beskytte mot retur selv der risikoen for at overgrep vil skje er liten. Hvor stor risiko det kreves for at beskyttelsessøkeren kan bli utsatt for overgrep ved retur er i teorien formulert som *risikokravet*.¹¹⁹

At feil avgjørelse kan gi forferdelige og uopprettelige følger er i tillegg en grunn for å operere med ett lempelig *beviskrav* i beskyttelsessøkerens favør. Det kan ikke kreves at søkeren må bevise at det er sannsynlighetsovervekt for at han eller hun vil bli utsatt for dårlig behandling eller forfølgelse. I så tilfelle ville litt under halvparten av søkere med tvilstilfeller bli sendt til steder der de kan risikere "forfølgelse" eller behandling i strid med EMK artikkel 3. Det er derfor grunn til å fravike utgangspunktet om sannsynlighetsovervekt når spørsmål om beskyttelse skal vurderes. I norsk sivilrett finnes det en helt generell regel om at bevisbedømmelsen skal forskyves bort fra et

¹¹⁹ Se Einarsen og NOU 2004:20.

overvektsprinsipp i saker der feil utfall vil gi alvorlige personlige konsekvenser for den ene parten.¹²⁰ Tvil i slike saker skal komme den spesielt utsatte parten tilgode. Jo alvorlige konsekvensene kan være, jo mer tvil må man tilgodese den utsatte parten. Slike betraktninger uttrykkes også i forarbeidene til utlendingsloven¹²¹ Hvor stor grad av sikkerhet det kreves for at beskyttelsessøkeren vil bli utsatt for slik behandling som returvernene beskytter mot er i teorien formulert som *beviskravet*.¹²²

Det er også andre grunner for å operere med et lempelig beviskrav i beskyttelsessøkerens favør. Beskyttelsessøkere har flyktet fra en utsatt situasjon, gjerne uten pass eller annen identitet. Det er ikke særlig smart å ta med seg dokumentasjon på at man er forfulgt når man prøver å rømme fra et regime. Det er dessuten urimelig å kreve at mennesker som er blitt utsatt for forferdelige fysiske og psykiske opplevelser gir grundige og korrekte opplysninger om det de har blitt utsatt for. Det er også forståelig at personer ikke gir opplysninger om intime og tragiske opplevelser til vilt fremmede. Derfor kan man godta usammenhenger i forklaringer og at ikke alle detaljer blir gitt med en gang.

9.2 Beviskrav og risikokrav i EMK artikkel 3.

Ordlyden i EMK artikkel 3 sier ingen ting om bevis eller risikokravet. Det er heller ikke mye veiledning å hente i andre konvensjonsbestemmelser. Konvensjonens fortale og den utviklende tolkingsnormen kan gi argumenter om å senke bevis og risikokrav for at rettigheten skal bli effektiv vern. Det eneste sikre beviset for brudd på artikkel 3 er at beskyttelsessøkeren har blitt utsatt for behandling i strid med artikkelen etter at han har blitt tvangsreturnert. Skadene er som nevnt ofte uopprettelige. Beskyttelsessøkeren kan bli ødelagt for livet. Det er lite å hente i et søksmål i ettertid. Den eneste praktiske beskyttelse

¹²⁰ Skoghøy trekker i denne sammenheng frem en dom der spørsmålet var om en mor hadde gitt samtykke til adopsjon av hennes barn: "*I rettspraksis er det lagt til grunn at det må stilles krav om 'full sikkerhet' for at samtykket er bygget på morens rolige og modne overlegg og med full oversikt fra hennes side om alle rettsfølgene., se Rt 1939 s 365.*". Sitatet er hentet fra Skoghøy Tvistemål 1.utg. s. 66X. Se s. 661-664 for flere eksempler fra lovbestemmelser og rettspraksis.

¹²¹ Ot.prp. nr 46 (1986-87) side 103.

¹²² Se Einarsen og NOU 2004:20.

artikkel 3 kan gi er å forsikre om at fremtidige brudd ikke vil skje. Bevisreglene blir uttrykt av EMD i denne læresetningen;

*“The expulsion of an alien may give rise to an issue under this provision where substantial grounds have been shown for believing that the person in question, if expelled, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country”*¹²³

Læresetningen definerer både bevis og risikokravet. Beviskravet er *‘substantial grounds for believing...’*. Det må bemerkes at bevistemaet er en objektiv vurdering jf ordene *“..for believing that the person in question...”* At vurderingen er objektiv gjør temaet overprøvbart. Slik blir beskyttelsessøkerens subjektive frykt i seg selv ikke bevis nok. Derimot kan en medisinsk undersøkelse av han vise at han er eksponert for psykiske lidelser. Det kan videre tas i betraktning faglige vurderinger om at disse lidelsene vil materialisere seg ved returen.

For at beskyttelsessøkeren skal nyte vern etter artikkel 3 må han i tillegg vise at det er reell risiko for at han personlig vil oppleve behandling i strid med artikkelen (*real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country*).

Det er ikke mulig å skille vurderingen av bevis og risikokravene klart fra hverandre. Begge faktorer blir tatt med i en totalvurdering. Domstolen undersøker først om retur faktisk vil skje og om søkeren har mulighet til å dra til et annet trygt sted enten i eller utenfor hjemlandet. Videre vil den generelle situasjonen i hjemlandet vurderes. Her vil rapporter fra seriøse interesseorganisasjoner om menneskerettssituasjonen særlig bli tatt i betraktning. Andre bevis om utviklingen av stabilitet og samfunnsstruktur vil også være sentrale momenter. At andre returnerte med samme kjennetegn som beskyttelsessøkeren blir utsatt for behandling i strid med artikkelen er et faktum som klart vil innfri risikokravet. Dessuten vil faktumet at beskyttelsessøkeren har blitt utsatt for behandling i strid med artikkelen tidligere være en klar indikasjon på at det kan skje igjen. I totalvurderingen vil også typen

¹²³ Se eksempelvis *Thampibillai v. the Netherlands* para 59.

behandling være et moment. Alle kjennetegn ved søkeren blir tatt i betraktning. Til og med familieforhold og økonomi spiller inn.¹²⁴ I utgangspunktet skal ikke tilfluktstatens interesser om å kontrollere hvem de vil ha på sitt territorium være relevant. EMK artikkel 3 sies å være absolutt med hensyn til beskyttelsessøkerens kjennetegn. Det kan likevel spores at slike moment er tatt med i bevis og risikovurderingen. Se særlig sakene som er trukket fram over; H.LR v France punkt 8.1.2.3, Cruz Varas v Sweden punkt 8.2.7 og Bensaid v UK 8.2.8.2.

9.2.1 Argument for og i mot å bruke EMDs bevisregler slavisk i norsk rett.

Det kan se ut som at utlendingsloven §15 (1) andre punktum åpner for å skjerpe beviskravet i returvernet som følger av EMK artikkel 3. jf ordene 'nærliggende fare'. Bestemmelsen må sees i sammenheng med sine tilblivelsesforutsetninger. Meningen med bestemmelsen var å utvide vernet mot retur slik det følger av Flyktningkonvensjonen artikkel 33. Dessuten skulle bestemmelsen å fange opp forpliktelsene i EMK artikkel 3. For den delen av bestemmelsen som var tiltenkt utvidelse i forhold til Flyktningkonvensjonen kan det vær rimelig å stille ekstrakrav til påregneligheten.¹²⁵ For den andre delen av bestemmelsen som skulle ivareta forpliktelsene i EMK artikkel er dette mindre rimelig. Uansett stenger utlendingsloven § 4 og menneskerettsloven¹²⁶ for at bestemmelsen kan virke til ulempe for beskyttelsessøkerens rettigheter som følger av EMK.

Det finnes imidlertid et argument om at norske myndigheter ikke skal følge en like streng bevislinje som EMD. Det er en særegenhet ved beskyttelsessaker at de ikke er godt opplyst. Som nevnt er dette et av hensynene for å la tvilen komme beskyttelsessøkeren til gode. Sakene som kommer opp til doms i Strasbourg har derimot en særlig god anledning til å bli opplyst. Sakene skal avgjøres med grunnlag i de fakta som foreligger ved

¹²⁴ S.C.C. v. Sweden, se punkt 8.2.8 over.

¹²⁵ Praksis som nevnt i punkt 7.2.2 imidlertid vist at ikke bestemmelsen har blitt gitt noen selvstendig betydning.

¹²⁶ Jf. lovens § 2 nr. 1, jf. § 3.

domstidspunkt.¹²⁷ Den enormt lange ventetiden gjør at søkeren har mulighet til å hente inn informasjon i 3-4 år. Dessuten står det mye prestisje på spill. Staten og søkerens interesseorganisasjoner vil arbeide for å opplyse saken skikkelig. EMD har altså mindre grunn for å la manglende bevis komme søkeren til gode enn det man har ved første og annen gangs behandling i Norge. Av denne forskjellen er det grunn for at norske myndigheter ikke skal følge de strenge bevislinjer som kan spores i EMDs praksis.

9.3 Sammenlikning med bevis og risikokrav i Flykningkonvensjonens regler

Beviskravet i reglene etter Flykningkonvensjonen er formulert som ”*velgrunnet frykt for å bli forfulgt*”. Med formuleringen *velgrunnet frykt* er det åpnet for en subjektiv vurdering.

I følge Justisdepartementets retningslinjer for norske asylkriterier fra 1998 ”*må det foreligge en objektiv fare for forfølgelse, men subjektiv frykt for forfølgelse skal også vurderes. Dersom det er en reell fare for forfølgelse, er det tilstrekkelig for å anse faren for velgrunnet.*”¹²⁸

Som vist over er bevisvurderingen i EMK artikkel 3 en objektiv vurdering. Det kan altså det tenkes at subjektive elementer vil ha mer plass i bevisvurderingen som hører med reglene i Flykningkonvensjonen enn i bevisvurderingen som brukes for å avgjøre vern etter EMK artikkel 3. Utover denne lille finessen blir det foretatt en lik vurdering som EMD har gjort.¹²⁹ Det er i realiteten liten eller ingen forskjell på regelsettenes bevisregler.

¹²⁷ Se eksempelvis Cruz Varas saken.

¹²⁸ Se Vandvik 216-218. I henhold til Einarsens studie av norsk praksis publisert i 1997 ”synes ikke reell subjektiv frykt å bli tillagt noen vekt ved vurderingen i relasjon til § 15 første ledd”, Einarsen 1997 s. 49. Slutningene på akkurat dette området er nå noe utdatert.

¹²⁹ Se Vandvik 215 til 219. NOU 2004:20 side 117-120, For en omfattende folkerettslig framstilling se Einarsen 381-499 der han på sidene 430-450 bruker EMDs bevisvurderinger til å beskrive innholdet i Flykningkonvensjonens bevisregler. Retningslinjer finnes også i UNHCRs Håndbok para 41,45 og 196.

10 Konklusjon –funn og konsekvenser av funnene

10.1 Hvorvidt er regelsettene forskjellige? Hvilke konsekvenser gir det?

Oppgaven har vist at returvernet i begge regelsettene avgjøres ved en konkret helhetsvurdering. Sentralt i begge helhetsvurderingene er overgrepets grovhet. Det blir sett på utførelsesmetoden og hvor lenge beskyttelsessøkeren blir utsatt for den dårlige behandlingen. Hvor motstandsdyktig den utsatte er mot behandlingen eller forfølgelsen er også et sentralt moment. Dette er helt avgjørende når det er psykiske påkjenninger som skal vurderes.

I EMK artikkel 3 vies det i utgangspunktet full oppmerksomhet til behandlingens grovhet og dens innvirkning på rettighetshaveren. Det kan likevel spores at EMD har vist forsiktighet til å verne mot typer av behandling som kan omfatte et uoverskuelig antall utlendinger. I slike tilfeller er det blitt stilt strenge krav om at saken skal være helt eksepsjonell. Det kan også spores at EMD i slike tilfeller stiller ekstra strenge krav til bevisene. Det samme gjelder for saker der medlemsstatene har sterk interesse av å ikke å gi opphold til en type beskyttelsessøkere fordi disse representerer en fare for samfunnets orden og sikkerhet.

Det må presiseres at dette kun er indikasjoner. Domstolen har aldri uttalt at en type behandling prinsipielt sett er utelukket fra vernet. Bare lidelsene for beskyttelsessøkeren er store nok, vil all type umenneskelig behandling gi grunn for returvern. Når det gjelder å unnta søkere med uønskede egenskaper fra vernet, er domstolen utsatt for et sterkt press fra stater som ønsker å beskytte seg mot terrorister og andre som truer samfunnet. Likevel er det klare domsuttalelser og resultater som sier at det ikke er aktuelt å utelukke noen type personer fra returvernet. I så måte er EMK artikkel 3 absolutt både i forhold til hva slags umenneskelig behandling den kan beskytte mot og i forhold til hvem som nyter beskyttelse.

Vern etter Flyktningkonvensjonen byr på en ytterligere sammensatt vurdering der ikke bare forfølgelsens grovhet og dens innvirkning på beskyttelsessøkeren er momenter. Det må i tillegg spørres *hvordan* og *hvorfor* individet forfølges. Det er blitt vist at det står særhensyn

bak reglene i Flyktingkonvensjonen. Bak reglene i EMK artikkel står suverenitet mot en universell menneskerett. Flyktingkonvensjonen ivaretar i tillegg et slags demokratihensyn ved å verne mot diskriminering. Dessuten ligger det rettferdighetsbetraktninger bak Flyktingkonvensjonens utelukkelsesgrunner.

Forfølgelsesbegrepet kan bli innfridd ved hjelp av andre menneskerettigheter enn den ene rettighetstypen som finnes i EMK artikkel 3. Menneskerettighetsbruddene kan være grove i seg selv eller de kan være grove samlet sett. Dersom individet er utsatt for en gjennomført diskriminerende prosess vil man kunne gå langt i å godta at forfølgelsen skjer ved brudd på ”mindre alvorlige”¹³⁰ menneskerettigheter. For personer som er utsatt for typer av forfølgelse som faller utenfor den type rettighet EMK artikkel 3 beskytter mot, vil Flyktingkonvensjonens returvern være redningen. Disse personene er imidlertid i en svak og utsatt posisjon. Dersom de ikke innfrir de øvrige vilkår i Flyktingkonvensjonen eller om de skulle være utelukket på grunn av Artikkel 1F eller artikkel 33. 2. ledd, nyter de ikke noe vern mot retur i det hele tatt.

Vernet i Flyktingkonvensjonen er ikke absolutt med hensyn til hvem som gis beskyttelse. Det er stilt krav om forfølgelsesgrunner og årsakssammenheng. I tillegg er personer med uønskede kjennetegn utelukket fra vernet. Returvernet i EMK artikkel 3 er videre enn returvernet i Flyktingkonvensjonen fordi sistnevnte konvensjon utelukker følgende tre persongrupper:

Personer som utelukkes av formelle grunner

Dette er personer som faller utenfor de gruppene som er definert som forfølgelsesgrunner i Flyktingkonvensjonen eller personer hører hjemme i disse gruppene, men som er utsatt for behandling i strid med artikkel 3 av andre grunner.

Personer som utelukkes av rettferdighetsbetraktninger

¹³⁰ Se punkt bla bla.

Dette er personer som er utelukket av artikkel 1F. (forbrytelser mot freden, alvorlige forbrytelser i hjemlandet etc. se punkt 5.3.2.)

Personer som utelukkes av hensyn til tilfluktstatens orden og sikkerhet

Dette er personer som med rimelig grunn anses som er fare for tilfluktstatens sikkerhet¹³¹ eller som har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse og som av denne grunn utgjør en fare for samfunnet.¹³²

EMK artikkel 3 kan i tillegg verne videre enn Flyktingkonvensjonen fordi begrepet 'umenneskelig behandling' kan dekke annet en de typer overgrep som normalt faller inn i forfølgelsesbegrepet. Kategorien *mangel på behandling i hjemlandet* har gått et stykke i å verne mot en type behandling som normalt ikke faller inn i forfølgelsesbegrepet på grunn av et manglende aspekt av overgrepelse eller diskriminering.

De to regelsettene overlapper hverandre i stor grad. Denne oppgaven har fokusert på forskjeller. EMK har ett betydelig videre personelt nedslagsfelt fordi det ikke stilles krav til om at beskyttelsessøkeren skal ha visse kjennetegn. Dessuten er ingen persongrupper utelukket fra vernet i EMK artikkel 3.

Når det gjelder nedre grenser for hva som er *behandling og straff* i strid med artikkel 3 er det umulig å oppsummere generelt. Det vises til oppsummeringen under hver enkelt del av artikkelens innhold i kapittel 8.2.

10.2 Kommentar til å linke statusspørsmålet til EMK artikkel 3.

Som nevnt innledningsvis er det foreslått om å koble spørsmålet om flyktingstatus til returforbudet i EMK artikkel 3. I tillegg til å framstille Flyktingkonvensjonens returvern har oppgaven til returvernet beskrevet grunnvilkårene for avgjørelse av spørsmålet om

¹³¹ Artikkel 33 2. ledd første alternativ.

¹³² Artikkel 33 2. ledd andre alternativ.

flyktningstatus. Det finnes noen utelukkelsesgrunner som bare gjelder for artikkel 1.¹³³ Dessuten er bevisreglene for avgjørelse av flyktningstatus ikke like fordelaktige. Ser man bort fra disse mindre forskjellene er det like regler som avgjør Flyktningkonvensjonens vern mot retur og spørsmålet om flyktingestatus. I dag vil altså de fleste som er vernet mot retur av Flyktningkonvensjonens artikkel 33 også innfri kravene til flyktingestatus.

Ved å koble returvernet i EMK artikkel 3 til statusspørsmålet vil nye typer utlendinger bli innvilget flyktningstatus. Personer som faller utenfor de gruppene av definerte forfølgelsesgrunner i Flyktningkonvensjonen er utelukket fra flyktningstatus av formelle grunner. Det samme gjelder de som ikke innfrir kravet til årsakssammenheng. Å gi disse flyktingstatus når de likevel har krav på opphold etter EMK artikkel 3 er rimelig.

Utvidelse av flyktingebegrepet til også å omfatte personer som tidligere har falt utenfor på grunn av rettferdighetsbetraktninger eller tilfluktstatens interesser om orden og sikkerhet er mer betent tema. Man vil møte argumentet at det er et paradoks å gi kriminelle og terrorister gis positive rettigheter. Disse har gjort seg ufortjent til statusen på en særlig kvalifisert måte. Argumentene kan sverte flyktingebegrepets moralske integritet i og popularitet i større skala. Som motargument står konsekvensslutninger fra det sterke hensynet bak returforbudet i EMK artikkel 3. Man kan ikke godta tortur eller liknende behandling eller umenneskelige avstraffelsesmetoder fordi det skjer fremmede folk langt borte fra seg selv. Når mennesker gis beskyttelse, må de også beskyttes under levelige former.

Å øke beviskravet for statusspørsmålet i forbindelse med EMK artikkel 3 vil dessuten by på juridiske problemer. Det er vanskelig å trekke en fornuftig sluting om hvordan reglene i EMK artikkel 3 ville vært dersom sakene hadde blitt avgjort med sannsynlighetsovervektsprinsippet som beviskrav. Sakens bevis blir som nevnt trukket inn i helhetsvurderingen.

¹³³ Se 8.1.1.1.1, artikkel 1 C-E og tilfeller av sur place aktiviteter utelukkende for å oppnå asyl se NOU 2004:20 og Vandvik.

10.3 Begrensinger av funnene -oppgavens svakheter.

Når metoden for avgjørelsen av innholdet i EMK artikkel 3 er en konkret helhetsvurdering er det ikke mulig å trekke presise generelle slutninger. De generelle funn og syn som er gjort i oppgaven må leses med denne begrensningen. Prejudikatsverdien av EMDs praksis må avgjøres konkret ved å sammenlikne saksforholdet i senere saker med de forskjellige enkeltdommer.

I arbeidet med oppgaven har det forbauset meg hvor lite plass returvernet i EMK artikkel 3 er blitt viet i teorien. Sett i lys av EMK rettens særlige brukbarhet, er dette synd. Jeg har hatt interesse for området de to siste årene og jobbet aktivt med søking i domstolens praksis og i internasjonale artikler det siste året. Arbeidsmetoden har ikke bare vært å finne poenger i dommer, men like mye å finne fram til dommene. Jeg har oppdaget poenger og nyanser også i slutten av prosessen. Det er en mulighet for at jeg kan ha oversett dommer med saksforhold eller uttalelser som kan være av interesse for oppgavens tema. Jo flere studier som finnes om ett rettsområde, jo riktigere vil det teoretiske totalbildet av gjeldende rett bli. Da det er tynt med alternative framstillinger bør synene og funnene i denne oppgaven anvendes med forsiktighet. Det må også bemerkes at dette ikke er et forskningsprosjekt som har blitt kritisk vurdert av flere teoretikere. Oppgaven kan i høyden brukes som et kart for momenter og dommer som er relevante. Rettsanvendere oppfordres til å undersøke primærkildene som ligger tilgjengelig på EMDs hjemmeside.¹³⁴

For Flyktingkonvensjonens regler har jeg hatt begrenset mulighet til å gjøre tolkninger og slutninger fra primærkildene. Når det gjelder innholdet i internasjonal statspraksis og norsk utlendingspraksis er oppgavens i stor grad basert på sekundærkilder. Det er en klar svakhet ved oppgaven.

¹³⁴ <http://www.echr.coe.int/>

Kilder

Flykningkonvensjonen

UN Convention Relating to the Status of Refugees, Genova 1951

EMK

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom, Rome 1950

Dommer fra EMD

De mest siterte dommene er

- . Cruz Varas and Others v. Sweden 20 March 1991 Appl. No. 15576/89
- . Vilvarajah and Others v. UK 30 October 1991 Appl. Nos. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87
- . Chahal v. United Kingdom 15 November 1996 Appl. No. 22414/93
- . Ahmed v. Austria 17 December 1996 Appl. No. 25964/94
- . H.L.R v. France 29 April 1997 Appl. No. 24573/94
- . D. v. United Kingdom 2 May 1997 Appl. No. 30240/96
- . Bahaddar v. The Netherlands 19 February 1998 Appl. No. 25894/94
- . Jabari v. Turkey 11 July 2000 Appl. No. 40035/98
- . Bensaid v. United Kingdom 6 February 2001 Appl. No. 44599/98
- . Hilal v. United Kingdom 6 March 2001 Appl. No. 45276/99
- . Vijayanathan and Pusparajah v France 27 August 1992
- . S.C.C. v. Sweden 15 February 2000 Appl. No. 46553/99
- ..Soering v UK A 161 (1986)

Alle dommene jeg har benyttet i oppgaven er tilgjengelige på siden

<http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>

Skriv inn navnet og dommen kommer opp.

Bøker

Generelt:

Harris

Law of the European Convention on Human rights

Butterworths, 1995

Author: Harris, O'Boyle and Warbrick

Steiner. and Alston. 1.ed.

Intrenational Human Right

S. and A. 2.ed.

Einarsen, Terje

Retten til vern som flyktnig

Bergen 2000

Einarsen 1997

Flykningers rettstilling i Norge

Bergen 1997.

Fisknes, Eli

Utlendingsloven Kommentarutgave

Oslo1994

Vevstad, Vigdis

Refugee Protection. A European Challenge

Oslo 1998

Skoghøy, Jens Edvin

Tvistemål 1. udgave

Vandvik, Bjørn

Utlendingsrett

Oslo 2004

Kim U Kjær

Den retlige regulering af modtagelsen af asylsøkere i en europæisk kontekst

Kjøbenhavn 2001

Goodwin Gill

The Refugee in International Law

New York 1996

Hathaway

The Law of Refugee Status

1991

Grahl-Madsen, Atle

The status of refugees in international law 1996

Artikler

Generelt:

Barnes

Expert Evidence — The Judicial Perception in Asylum and Human Rights

Appeals: Prepared for the joint ILPA/IARLJ Conference

Int J Refugee Law 2004 16: 349-357

Author: John Barnes

Meron

On a Hierarchy of International Human Rights

American Journal of International Law Vol 80. In Alston p

Author: Theodor Meron

Moore

From Nation State to Failed State: International Protection from Human Rights
Abuses by Non-State Agents, Columbia Human Rights Law Review Fall, 1999

Author: Jennifer Moore

Opsahl

Internationale Menneskeettigheter, En Innføring,

Unpub, Compendier, 1996

Torkild Opsahl

Cecilia Bailliet: The grey zone in Norwegian Refugee Policy.

Doktor avhandling ved UiO

Artikkel 3:

Lambert

Protection against refoulement from Europe: Human Rights Law comes to the r
escue

International and Comparative Law Quarterly, July 1999 p. 515

Author: Helene Lambert

Alleweldt

Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on
Human Rights

European Journal of International Law

<http://www.ejil.org/journal/Vol4/No3/art3.html#TopOfPage>

Author: Ralf Alleweldt

Addo and Grief

Does Article 3 of The European Convention on Human Rights Enshrine Absolute
Rights?

European Journal of International Law

<http://www.ejil.org/journal/Vol9/No3/art4-02.html>

Author: Michael K. Addo and Nicholas Grief

NOU 2004:20

Ny utlendingslov