



UIT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Adgangen til å gjøre unntak fra flyktningsstatus i misbrukstilfeller ved subjektiv sur place.

Forholdet mellom misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd og flyktningskonvensjonen art. 1 A (2).

Therese Fuglemsmo

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, våren 2017.



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Tema og problemstilling.....	4
1.2	Temaets aktualitet.....	6
1.3	Rettskildebildet og metodiske utfordringer	7
1.4	Avgrensninger	8
1.5	Videre fremstilling.....	9
2	Misbruksbestemmelsen i utlendingsloven	10
2.1	Innledning.....	10
2.2	Bakgrunnen for og hensynene bak bestemmelsen.....	10
2.3	Grunnvilkårene for flyktningstatus.....	11
2.4	Handlinger sur place som kan medføre beskyttelsesbehov	13
2.4.1	Innledning.....	13
2.4.2	Beskyttelsesbehov på grunn av religion.....	13
2.4.3	Beskyttelsesbehov på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe.....	14
2.4.4	Beskyttelsesbehov på grunn av politisk oppfatning.....	15
2.5	Momenter i vurderingen	16
2.6	Bevisbyrde og beviskrav	19
2.7	Tidspunktet for vurderingen av formålet.....	21
2.8	Det hovedsakelige formålet	22
3	Betydningen av misbruksbestemmelsen	23
3.1	Innledning.....	23
3.2	Alternative oppholdstillatelser.....	23
3.2.1	Innledning.....	23
3.2.2	Oppholdstillatelse for flyktninger (Asyl)	24
3.2.3	Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.....	25
3.2.4	Begrenset oppholdstillatelse på humanitært grunnlag.....	25

3.2.5	Oppholdstillatelse på grunnlag av utsendelsesvernet.....	25
3.3	Oppsummering	26
4	Er misbruksbestemmelsen i samsvar med flyktningkonvensjonen?	27
4.1	Innledning.....	27
4.2	Flyktningkonvensjonens relevans og vekt i norsk rett	27
4.3	Generelt om tolkningen av flyktningkonvensjonen.....	29
4.4	Tolkning etter Wien-konvensjonens prinsipper	30
4.4.1	Er det rom for en statlig skjønnsmargin?	30
4.4.2	Naturlig språklig forståelse av ordlyden	31
4.4.3	Formålsorientert tolkning.....	34
4.4.4	Tolkning i lys av konteksten	35
4.4.5	Tolkning i god tro.....	38
4.4.6	Forarbeider og historisk bakgrunn	39
4.4.7	Statenes praksis	42
4.4.8	Praksis og rettsoppfatninger ved internasjonale organer.....	44
4.4.9	Juridisk litteratur	47
4.4.10	Annen internasjonal rett	49
4.5	Norsk rettspraksis	51
4.6	Betydningen av klar lovgivervilje	52
4.7	Reelle hensyn.....	53
4.8	Oppsummering og konklusjon.....	55
	Forkortelser	1
	Referanseliste	2

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema ligger innenfor fagområdet utlendingsrett. Problemstillingen gjelder adgangen til å gjøre unntak fra retten til flyktningstatus etter norsk rett, i tilfeller der en person ved sine egne handlinger har skapt et beskyttelsesbehov etter å ha forlatt hjemlandet, med den hovedsakelige hensikt å få opphold i Norge. Spørsmålet er underlagt både nasjonal og internasjonal regulering.

Hvilke personer som har krav på flyktningstatus og internasjonal beskyttelse fremgår av FNs Konvensjon om flyktningsstilling av 28. juli 1951¹ med tilleggsprotokoll av 31. januar 1967² (heretter flyktningkonvensjonen eller FK). Norge er folkerettslig bundet av flyktningkonvensjonen, og er forpliktet til å innvilge flyktningstatus hvis vilkårene i konvensjonen er oppfylt. Forpliktelsen er gjennomført ved at enkelte av flyktningkonvensjonens bestemmelser er inntatt i lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter utlendingsloven eller utl.). Det følger også direkte av utl. § 3 at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler Norge er bundet av, hvis disse har til formål å styrke individets stilling.

Det er etter FK art. 1 A (2) og utl. § 28 første ledd bokstav a fem grunnvilkår som må være oppfylt for at en person kan anerkjennes som flyktning («refugee»). Personen må være på flukt utenfor sitt eget land, i Norge for norsk retts vedkommende. Videre må personen ha en velbegrunnet frykt for å bli utsatt for forfølgelse ved retur til hjemlandet, på grunn av nærmere oppregnede grunner. I tillegg må vedkommende mangle beskyttelse i hjemlandet.

Beskyttelsesbehovet oppstår vanligvis før en person reiser fra hjemlandet. Vedkommende har for eksempel allerede blitt utsatt for forfølgelse, og frykter ytterligere forfølgelse hvis han eller hun forblir i hjemlandet. Beskyttelsesbehovet kan imidlertid også oppstå etter at personen har forlatt hjemlandet. En person som ikke var flyktning da han eller hun forlot hjemlandet, men blir det på et senere tidspunkt, kalles en flyktning «sur place».³

¹ United Nations, Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva 28 July 1951.

² United Nations, Protocol Relating to the Status of Refugees, Geneva 31 January 1967.

³ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Geneva 1992 (heretter UNHCRs håndbok eller Håndboken), versjon fra 2011, artikkel 94.

Sur place er fransk for «på stedet». Begrepet omfatter for det første *objektiv* sur place. Dette er tilfeller der en persons beskyttelsesbehov har oppstått som følge av endrede forhold i hjemlandet til en person etter at vedkommende reiste. Det typiske er at det bryter ut krig eller skjer en endring i de politiske forhold i hjemlandet. For det andre omfattes *subjektiv* sur place, som er tilfeller der beskyttelsesbehovet har oppstått som følge av personens egen atferd etter at han eller hun reiste fra hjemlandet. Subjektiv sur place kan tenkes i flere ulike situasjoner, men det typiske er at søkeren begynner å engasjere seg politisk etter å ha forlatt hjemlandet. Det er subjektiv sur place som er tema for denne avhandlingen.

Det fremgår av utlendingsloven § 28 fjerde ledd første punktum at en asylsøker, en utlending som søker om asyl, som hovedregel skal anerkjennes som flyktning også hvis «beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger.» Etter utl. § 28 fjerde ledd andre punktum andre alternativ kan det imidlertid gjøres unntak dersom «det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse.» Temaet for avhandlingen er adgangen til å nekte flyktningstatus med grunnlag i denne bestemmelsen, heretter betegnet som «misbruksbestemmelsen».

Det har betydning for den enkelte å bli anerkjent som flyktning fordi flyktninger har visse særlige rettigheter etter både flyktningkonvensjonen og norsk lovgivning. Noen eksempler på rettigheter etter flyktningkonvensjonen er rett til minst like gunstig behandling som utlendinger i alminnelighet tilstås av staten, religionsfrihet, bevegelsesfrihet innenfor statens grenser, og vern mot å bli returnert til forfølgelse.

Flyktningkonvensjonen gir imidlertid ikke flyktninger rett til «asyl» i betydningen formalisert oppholdstillatelse. Etter FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 (menneskerettighetserklæringen)⁴ art. 14, har alle mennesker riktignok rett til å *søke* om asyl. Det er imidlertid opp til den enkelte stat om asyl i form av varig opphold skal innvilges. I norsk rett følger det av utl. § 28 andre ledd at de som anerkjennes som flyktning har rett til asyl. Dette gjelder som hovedregel også ved subjektiv sur place, men ikke i misbrukstilfellene, jf. utl. § 28 fjerde ledd.

⁴ United Nations, Universal Declaration of Human Rights, Paris 10 December 1948.

De overordnede problemstillingene i avhandlingen er hvilket innhold misbruksbestemmelsen har, og om bestemmelsen er i overenstemmelse med Norges forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. Konvensjonen inneholder ingen tilsvarende unntaksbestemmelse for misbrukstilfeller, så svaret må bero på en tolkning av flyktningdefinisjonen i FK art. 1 A (2). Et første spørsmål er om subjektiv *sur place* generelt overhodet kan danne grunnlag for flyktningstatus etter konvensjonens definisjonen. Hvis ikke står Norge fritt til å avgjøre om det skal innvilges flyktningstatus ved subjektiv *sur place* i norsk rett, og om det eventuelt skal gjøres unntak i misbrukstilfellene. Dersom det derimot er slik at subjektiv *sur place* i utgangspunktet *kan* danne grunnlag for flyktningstatus etter konvensjonen, blir neste spørsmål om konvensjonen likevel åpner for unntak i misbrukstilfellene.

1.2 Temaets aktualitet

Utlendingsretten og særlig reglene om asyl er gjenstand for mye oppmerksomhet i media, og i den politiske og offentlige debatt. Området er preget av forholdsvis store politiske motsetninger, sterke følelser og stort engasjement. Både verdenssamfunnet og de menneskene som har behov for internasjonal beskyttelse, er avhengige av at Norge bidrar i hjelpearbeidet. Staten har imidlertid også en interesse i å begrense innvandringen til dem som virkelig har krav på beskyttelse, ikke dem som fremprovoserer et beskyttelsesbehov mens de er i Norge med den hensikt å få opphold.

Temaet for avhandlingen er viktig og aktuelt i dag på grunn av de pågående utfordringene med et økende antall mennesker på flukt i verden. Antallet asylsøkere i verden har økt markant det siste tiåret, fra 741 291 ved utgangen av 2006 til 3 219 941 ved utgangen av 2015.⁵ Det gjennomsnittlige antallet asylsøkere som kommer til Norge årlig har i de siste ti årene variert mellom 3 460 søkere på det minste (2016) og 31 150 søkere på det meste (2015), men trenden er likevel at antallet er økende.⁶

⁵ UNHCR Statistics, The World in Numbers:

http://popstats.unhcr.org/en/overview#_ga=1.132808205.2071279112.1485434313 (lest 14.03.2017).

⁶ <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-og-ar-2007-2014/> (lest 14.03.2017), <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-aldersgruppe-og-kjonn/> (lest 14.03.2017) og <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-aldersgruppe-og-kjonn-2016/> (lest 14.03.2017).

Det er vanskelig å anslå hvor stort omfanget av misbrukstilfellene ved subjektiv sur place er. Anslag fra Utlendingsnemnda viser at nemnda de siste tre årene har gitt avslag med grunnlag i misbruksbestemmelsen i forholdsvis få saker, rundt syv til 19 saker i året.⁷ Antallet avslag med hjemmel i misbruksbestemmelsen gir imidlertid ikke nødvendigvis et fullstendig bilde på omfanget. I noen tilfeller vil misbrukshensikten ikke bli oppdaget, og asyl innvilges til tross for misbruket. I andre tilfeller vil handlinger foretatt med misbrukshensikt ikke nødvendigvis resultere i et beskyttelsesbehov, og avslaget vil i så fall bygge på det manglende beskyttelsesbehovet, og ikke misbrukshensikten.

1.3 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

Avhandlingen har et rettsdogmatisk perspektiv. Formålet er å besvare problemstillingen gjennom en fremstilling av gjeldende rett i henhold til alminnelig juridisk metode. Det rettslige utgangspunktet for fremstillingen er misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd. Utlendingsloven er den sentrale norske rettskildefaktoren i utlendingsretten, og er supplert av forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften, uf.). Lovens forarbeider kan også gi viktige bidrag til hvordan lovens bestemmelser skal forstås. De sentrale forarbeidene til utlendingsloven er NOU 2004: 20,⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007)⁹ og Innst. O. nr. 42 (2007-2008).¹⁰ Lovens bestemmelser er også behandlet i juridisk litteratur.

En annen sentral rettskildefaktor i tolkningen av utlendingsloven er rettspraksis. Høyesterett avsa en ny dom 17. mars 2017, inntatt i HR-2017-569-A, i en sak som gjaldt forholdet mellom misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd og FK art. 1 A (2). Saken gjaldt en etiopisk mann som søkte asyl i Norge. Grunnlaget var at han etter å ha kommet til Norge, hadde engasjert seg i en politisk organisasjon som er forbudt i Etiopia.

Utlendingsmyndighetene avsto asylsøknaden med grunnlag i misbruksbestemmelsen, fordi de fant at hovedformålet med asylsøkerens handlinger mest sannsynlig hadde vært å få oppholdstillatelse i Norge. For Høyesterett var spørsmålet hvordan misbruksbestemmelsen

⁷ Tallene er hentet fra regjeringsadvokatens prosedyre for Høyesterett 28. februar 2017 i saken HR-2017-569-A. Tallene er ikke nøyaktige, men gir en indikasjon på omfanget. Antall avslag per år: 2014 (19 avslag), 2015 (17 avslag) og 2016 (7 avslag).

⁸ NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

¹⁰ Innst. O. nr. 42 (2007-2008) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

skulle tolkes i lys av flyktningkonvensjonen. Retten kom enstemmig til at misbruksbestemmelsen ikke er i strid med konvensjonen, fordi de fant at misbrukstilfellene ikke var omfattet av konvensjonen. Avgjørelsen er sentral for spørsmålet om hvordan flyktningkonvensjonen skal anvendes i norsk rett.

Før 2017 forelå ingen praksis fra Høyesterett vedrørende misbruksbestemmelsen. Praksis fra lagmannsrettene og utlendingsforvaltningen blir derfor viktigere ved tolkningen av bestemmelsen. Slik praksis har i utgangspunktet beskjeden rettskildemessig vekt, og domstolene er ikke bundet av den i senere saker. Praksisen gir likevel et riktig bilde på hvordan bestemmelsen faktisk anvendes i praksis, og utlendingsmyndighetene legger selv stor vekt på egen praksis. Utlendingsforvaltningen er videre bundet av et forvaltningsrettslig krav til likebehandling, som innebærer at like tilfeller må behandles likt. At praksisen ikke er overprøvd av domstolene, kan også gi en indikasjon på at den ansees å være riktig.

I tillegg til bestemmelsen i utlendingsloven, er det andre sentrale rettsgrunnlaget i avhandlingen flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 A (2). Behandlingen av internasjonale rettskildefaktorer fører med seg noen særskilte metodiske utfordringer. Dette er gjennomgående problemstillinger i kapittel 4, og de metodiske utfordringene behandles fortløpende der de aktualiseres. For å unngå unødvendig dobbeltbehandling, redegjøres det derfor ikke generelt for folkerettslig metode og norske domstolars anvendelse av internasjonal rett innledningsvis.

1.4 Avgrensninger

En fremstilling av adgangen til å gjøre unntak fra flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum andre alternativ (misbruksbestemmelsen), grenser naturlig mot adgangen til å gjøre unntak etter første alternativ. Dette alternativet gjelder tilfeller der beskyttelsesbehovet skyldes handlinger asylsøkeren har foretatt som er straffbare også etter norsk lov. Av hensyn til avhandlingens omfang, avgrenses det imidlertid mot å behandle de tilfellene der flyktningstatus nektes med grunnlag i dette alternativet.

Det avgrenses videre mot å behandle tilfeller der asylsøkeren oppfyller vilkårene i den alternative flyktningdefinisjonen i utl. § 28 første ledd bokstav b. Denne bestemmelsen utgjør et alternativt grunnlag for flyktningstatus etter norsk rett, for mennesker som risikerer dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved

retur til hjemlandet. Bestemmelsen bygger ikke på en tilsvarende definisjon i flyktningkonvensjonen, men på andre internasjonale forpliktelser. Det er derfor ikke gitt at tolkningen av misbruksbestemmelsen blir den samme for denne gruppen asylsøkere som for de som faller inn under første ledd bokstav a.

1.5 Videre fremstilling

En fremstilling av den norske misbruksbestemmelsen der Norges internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen ikke tas i betraktning, gir ikke et riktig bilde av gjeldende rett. Å fremstille den «rent nasjonale» regelen før det tas stilling til de internasjonale kravene til norsk rett er heller ikke helt presist.¹¹ Den internasjonale regelen er relevant også i *tolkningen* av den norske bestemmelsen, ikke bare som en kollisjonsregel ved absolutt motstrid. Av pedagogiske hensyn er det likevel hensiktsmessig å gi en fremstilling av den norske bestemmelsen i lys av norske rettskildefaktorer først, før det tas stilling til om bestemmelsen er i samsvar med flyktningkonvensjonen. I den videre fremstilling behandles derfor først innholdet i misbruksbestemmelsen i kapittel 2.

Flyktningstatus er et vilkår både for oppholdstillatelse (asyl) etter utl. § 28 andre ledd, og for å oppnå de rettigheter som kun tilkommer flyktninger etter flyktningkonvensjonen og norsk lovgivning. I kapittel 3 gis en oversikt over hvilken betydning det har for asylsøkere at misbruksbestemmelsen blir benyttet og asyl derfor ikke innvilget. Som fremstillingen vil vise, er det ikke aktuelt å returnere asylsøkeren i misbrukstilfeller dersom vedkommende da risikerer forfølgelse. Det sentrale spørsmålet er derfor hvilke forskjeller det er mellom asyl og de alternative oppholdstillatelsene asylsøkeren kan bli innvilget i misbrukstilfeller.

Til slutt, i kapittel 4, behandles spørsmålet om misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd er i samsvar med Norges forpliktelser etter flyktningkonvensjonen art. 1 A (2). Problemstillingen reiser spørsmål om hvorfor flyktningkonvensjonen er relevant ved anvendelsen av den norske misbruksbestemmelsen, om konvensjonen åpner for unntak i misbrukstilfeller og om hvilken vekt regelen som følger av konvensjonen skal ha dersom den norske bestemmelsen er i strid med denne.

¹¹ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, Universitetsforlaget 2009 s. 66.

2 Misbruksbestemmelsen i utlendingsloven

2.1 Innledning

Utlendingsloven § 28 er en rettighetsbestemmelse. Hvis en asylsøker oppfyller vilkårene for flyktningstatus etter bestemmelsens første ledd, har vedkommende som hovedregel rettskrav på å bli anerkjent som flyktning, jf. formuleringen «skal ... anerkjennes». Dette er den klare hovedregel også dersom beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og er forårsaket av søkerens egne handlinger, jf. utl. § 28 fjerde ledd første punktum.

Forutsetningen er som ellers at alle hovedvilkårene for flyktningstatus etter første ledd er oppfylt. Det gis derfor en kort oversikt over disse grunnvilkårene i kapittel 2.3.

Av misbruksbestemmelsen i § 28 fjerde ledd andre punktum andre alternativ følger det at det kan gjøres unntak fra hovedregelen i første punktum. I vurderingen av om det skal gjøres unntak «skal det særlig legges vekt på ... om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse.» Det redegjøres nærmere for vilkårene for at misbruksbestemmelsen skal få anvendelse i kapitlene 2.4 til 2.8.

Før vilkårene for å anvende misbruksbestemmelsen behandles, er det nyttig å se på bakgrunnen for bestemmelsen og hvilke hensyn og formål den er ment å ivareta. En oversikt over bakgrunnen for og hensynene bak bestemmelsen kan gi bedre forståelse av hvordan bestemmelsen skal forstås. Det gis derfor en kort fremstilling av disse i kapittel 2.2.

2.2 Bakgrunnen for og hensynene bak bestemmelsen

Utviklingen av rettstilstanden i norsk rett har gått i retning av større anerkjennelse av flyktningstatus ved subjektiv sur place. Etter fremmedloven av 1956¹² var det antatt at sur place-aktivitet ikke kunne medføre flyktningstatus, men at utlendingen likevel hadde rett til vern mot utsendelse, jf. avgjørelsen i «Abdi-dommen» inntatt i Rt. 1991 s. 586 (på s. 596). Praksis etter utlendingsloven av 1988¹³ utviklet seg slik at det kunne innvilges flyktningstatus ved subjektiv sur place, men bare i de såkalte bro-tilfellene, der utlendingens aktivitet representerte en naturlig fortsettelse av hans eller hennes aktivitet i hjemlandet.¹⁴

¹² Lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven av 1956) [opphevet].

¹³ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her [opphevet].

¹⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 99.

Etter dagens bestemmelse i utlendingsloven av 2008 gir subjektiv sur place nå som hovedregel grunnlag for flyktningstatus og asyl, men det kan gjøres unntak i misbrukstilfeller. Det fremgår av bestemmelsens forarbeider at formålet var å oppstille en romslig adgang til status som konvensjonsflyktning i de subjektive sur place-tilfellene, samtidig som en viss mulighet for unntak ble opprettholdt. Det fremholdes at asylinstituttet er ment å gi beskyttelse til de som har et genuint beskyttelsesbehov, ikke belønne dem som kun har vært motivert av et ønske om oppholdstillatelse.¹⁵

Utlendingsmyndighetene er, i tillegg til å være ansvarlige for å ivareta asylsøkeres beskyttelsesbehov, forpliktet til å treffe materielt riktige vedtak.¹⁶ Det bør derfor, av hensyn til innvandringskontroll og likebehandling, ikke innvilges asyl til personer som ikke har et virkelig behov for det.

2.3 Grunnvilkårene for flyktningstatus

Etter utl. § 28 første ledd bokstav a skal en utlending som hovedregel anerkjennes som flyktning dersom vedkommende søker om asyl («etter søknad»), og oppfyller alle grunnvilkårene for flyktningstatus. Det finnes noen unntak i utlendingsloven §§ 31-34 og 37, men disse behandles ikke videre. Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a bygger på definisjonen i flyktningkonvensjonen art. 1 A (2). Etter begge bestemmelsene er det fem grunnvilkår som alle må være oppfylt for at asylsøkeren skal ha krav på flyktningstatus.

Det første vilkåret er at asylsøkeren har krysset en internasjonal grense og oppholder seg utenfor hjemlandet («is outside the country of his nationality»). Etter norsk rett må utlendingen oppholde seg «i [Norge] eller på norsk grense». Mennesker som er på flukt innenfor sitt eget hjemland regnes ikke som flyktinger etter flyktningkonvensjonen, men som internt fordrevne personer.

For det andre er det et vilkår at asylsøkeren har en «velbegrunnet frykt» («well-founded fear») for forfølgelse. Det avgjørende er den objektive vurderingen av risikoen og ikke asylsøkerens subjektive frykt, men det er ingenting til hinder for å vektlegge en forsterket subjektiv frykt

¹⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 100-101.

¹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 88.

hvis asylsøkeren er i en spesielt sårbar individuell situasjon.¹⁷ Spørsmålet er om det er en reell og aktuell fare for at forhold ved asylsøkeren blir kjent for mulige forfølgere i hjemlandet, og at disse forholdene er egnet til å medføre forfølgelse ved retur.¹⁸

Det tredje vilkåret er at den velbegrunnede frykten knytter seg til en risiko for «forfølgelse» («being persecuted») ved eventuell retur til hjemlandet. Med forfølgelse menes handlinger som enkeltvis eller samlet utgjør alvorlige krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter eller andre sammenlignbare forhold, jf. utl. § 29 første ledd. Mulige forfølgere kan være myndighetene i hjemlandet selv eller andre, dersom statens myndigheter er ute av stand eller uvillige til å beskytte asylsøkeren mot forfølgelse fra slike personer, jf. utl. § 29 tredje ledd.

For det fjerde er det et vilkår at forfølgelsen har sammenheng med bestemte konvensjons- eller forfølgelsesgrunner. Vilkaurlig forfølgelse eller forfølgelse basert på rent personlige motiver gir ikke grunnlag for flyktningsstatus. Konvensjonsgrunnene er asylsøkerens «etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller ... politisk[e] oppfatning» («race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion»). Den språklige utformingen av den norske bestemmelsen skiller seg noe fra definisjonen i flyktningskonvensjonen, men skal tolkes på samme måte.¹⁹ Det er ikke avgjørende om asylsøkeren faktisk *har* det trekket som gjør at vedkommende er utsatt for forfølgelse, men om eventuelle forfølgere *tror* han eller hun har det, jf. utl. § 30 andre ledd.²⁰

Det femte og siste grunnvilkåret er at asylsøkeren på grunn av frykten for forfølgelse er «ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse» («is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country»). Dersom asylsøkeren har mulighet til å få beskyttelse i sitt eget land, har vedkommende ikke krav på internasjonal beskyttelse.

¹⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 88.

¹⁸ Terje Einarsen, *Retten til vern som flykting*, Bergen 2000 s. 425 flg.

¹⁹ Prop. 141 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven m.m. s. 21.

²⁰ Se også UNHCR, *Interpreting Article 1 of the Convention Relating to the Status of Refugees*, April 2001 pkt. 25.

2.4 Handlinger sur place som kan medføre beskyttelsesbehov

2.4.1 Innledning

Også i saker der det er aktuelt å anerkjenne asylsøkeren som en flyktning sur place, er det en forutsetning at alle grunnvilkårene for flyktningstatus er oppfylt. Det som kjennetegner slike saker er imidlertid at asylsøkerens frykt for forfølgelse har oppstått som følge av hans eller hennes egne handlinger, foretatt etter at vedkommende dro fra hjemlandet. I det følgende er spørsmålet derfor hvilke handlinger sur place som kan utløse et beskyttelsesbehov.

Som nevnt i kapittel 2.3 ovenfor, må frykten for forfølgelse knytte seg til søkerens «etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller ... politisk[e] oppfatning». Bevistemaet er, som nevnt ovenfor, ikke om asylsøkeren faktisk har det trekket som gjør at vedkommende er utsatt for forfølgelse, men om eventuelle forfølgere tillegger ham eller henne slike trekk. Etnisitet, avstamning, hudfarge og nasjonalitet er medfødte, uforanderlige trekk. Beskyttelsesbehov som følger av disse konvensjonsgrunnene er derfor normalt ikke noe som kan oppstå som følge av asylsøkerens egne handlinger etter at han eller hun dro fra hjemlandet.

Beskyttelsesbehov på grunn av religion, medlemskap i enkelte typer spesielle sosiale grupper eller politisk oppfatning kan imidlertid oppstå som følge av asylsøkerens egne handlinger etter utreisen fra hjemlandet. I kapittel 2.4.2-2.4.4 gis en redegjørelse for hvilke handlinger dette kan dreie seg om. Hvilke aktiviteter som kan lede til forfølgelse for den enkelte asylsøkeren varierer ut fra hvilket land vedkommende kommer fra og hvordan han eller hun oppfattes av potensielle forfølgere i hjemlandet. I enkelte tilfeller kan for eksempel konvertering alene være en forfølgelsesgrunn, mens politiske aktiviteter ikke er det. I andre tilfeller kan det være motsatt, eller fare for forfølgelse kan være avhengig av at flere ulike faktorer er til stede samtidig.

2.4.2 Beskyttelsesbehov på grunn av religion

Religionsfrihet innebærer at enhver har rett til å ha en religion eller tro, å konvertere og å gi uttrykk for sin religion eller tro på forskjellige måter. Religionsfrihet er en grunnleggende menneskerettighet som kommer til uttrykk i blant annet FNs menneskerettighetserklæring art. 18, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK)²¹ art. 9 og FNs konvensjon om

²¹ Council of Europe, Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Rome 4 November 1950.

sivile og politiske rettigheter (SP)²² art. 18. Religionsfriheten regnes som en så fundamental rettighet at asylsøkeren ikke kan bli tvunget til å skjule, endre eller oppgi sin religiøse tro, identitet eller livsførsel for å unngå forfølgelse.²³ Begrepet «religion» i relasjon til utlendingsloven § 28 er legaldefinert i § 30 første ledd bokstav a, der det gis en ikke uttømmende oppregning av aktiviteter som «særlig» skal ansees å omfattes av begrepet.

I noen land står en bestemt religion så sterkt, at det å åpent tilhøre en annen religion kan medføre fare for alvorlige sanksjoner fra myndighetene eller andre mulige forfølgelse. Beskyttelsesbehov på grunnlag av religion kan oppstå etter at asylsøkeren har forlatt hjemlandet ved at han eller hun først begynner å bedrive religiøs aktivitet etter utreise fra hjemlandet. Vedkommende kan for eksempel begynne å misjonere eller publisere religiøse ytringer, bilder eller symboler på internett. Beskyttelsesbehov kan videre oppstå ved at asylsøkeren konverterer til en annen religion etter utreise.

Dersom de religiøse handlingene kan medføre forfølgelse, har asylsøkeren behov for beskyttelse og må normalt bli anerkjent som flyktning. Hvis det er mistanke om at asylsøkeren har foretatt de religiøse handlingene hovedsakelig for å få opphold i Norge, kan det imidlertid være aktuelt å benytte misbruksbestemmelsen.

2.4.3 Beskyttelsesbehov på grunn av medlemskap i en spesiell sosial gruppe

Inn under forfølgelsesgrunnen «medlemskap i en spesiell sosial gruppe» faller flere ulikeartede tilfeller. I kjernen av begrepet ligger at det må dreie seg om en gruppe mennesker som har visse uforanderlige eller fundamentale fellestrekk, og at gruppen oppfattes som en gruppe i samfunnet, jf. utl. § 30 første ledd bokstav c.²⁴

Uforanderlige fellestrekk kan være medfødt, som slektskap eller kjønn. Da kan beskyttelsesbehovet normalt ikke oppstå som følge av handlinger asylsøkeren har foretatt etter at han eller hun har reist fra hjemlandet. Andre uforanderlige trekk kan oppstå senere i livet, som fysiske handikap. Beskyttelsesbehov kan i så fall oppstå etter at søkeren dro fra hjemlandet og kan i prinsippet skyldes søkerens egne handlinger. Det er imidlertid lite

²² United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, New York 16 December 1966.

²³ UNHCR, Guidelines on International Protection: No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28 April 2004 pkt. 13.

²⁴ Sml. formuleringen i UNHCR Guidelines on International Protection: «Membership of a particular social group» within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees», 7 May 2002 pkt. 6.

tenkelig at noen påfører seg selv fysiske handikap med den hensikt å få opphold. Tilfeller som rammes av misbruksbestemmelsen er derfor ikke praktisk i slike saker.

Fundamentale fellestrekk er trekk som er så grunnleggende for søkerens identitet eller verdighet, at han eller hun ikke kan bli tvunget til å oppgi det.²⁵ Praktiske eksempler er seksuell orientering (legning) eller kjønnsidentitet.²⁶ I mange land kan for eksempel utfoldelse av en homofil legning medføre fare for forfølgelse.

Spørsmålet i sur place-saker er ikke om vedkommende asylsøker faktisk *har* en seksuell legning som kan medføre fare forfølgelse, men om mulige forfølgere *tillegger* ham eller henne en slik legning. Det er derfor uten betydning for spørsmålet om det foreligger en konvensjonsgrunn om asylsøkeren er blitt homofil etter utreisen, om vedkommende begynner å leve ut en reell, allerede eksisterende homofil legning, eller om han eller hun bare later som om han eller hun er homofil for å få opphold. Uavhengig av om det legges til grunn at seksuell legning er medfødt eller kan endres, kan forfølgelsesfare på grunn av riktig eller feilaktig tillagt legning derfor oppstå som følge av asylsøkerens egne handlinger etter at han eller hun reiste fra hjemlandet.

Hvis asylsøkerens handlinger kan medføre fare for forfølgelse ved retur, har vedkommende normalt krav på asyl. Hvis utlendingsforvaltningen derimot mistenker at asylsøkeren har skiftet legning eller begynt å leve ut en legning med det hovedsakelige formålet å få oppholdstillatelse, kan det bli aktuelt å anvende misbruksbestemmelsen.

2.4.4 Beskyttelsesbehov på grunn av politisk oppfatning

Retten til å ha og uttrykke en politisk oppfatning er vernet av ytringsfriheten. Ytringsfriheten er en grunnleggende menneskerettighet, som kommer til uttrykk i FNs menneskerettighetserklæring art. 19, EMK art. 10 og SP art. 19. Begrepet «politisk oppfatning» i relasjon til utlendingsloven § 28 er legaldefinert i utl. § 30 første ledd bokstav d. Begrepet skal «særlig» ansees å omfatte «oppfatninger om de aktuelle forfølgerne eller deres politikk eller metoder, uansett om søkeren har handlet i henhold til denne oppfatningen».

²⁵ UNHCR Guidelines on International Protection: «Membership of a particular social group» within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002 pkt. 6.

²⁶ Jf. Utlendingsnemndas praksisnotat av 8. april 2013: *Seksuell orientering (homofili) som asylgrunn* s. 1 og Rt. 2012 s. 494 (avsnitt 30).

Beskyttelsesbehov på grunn av politisk oppfatning kan oppstå som følge av asylsøkerens egne handlinger etter at vedkommende reiste fra hjemlandet. Politisk oppfatning er nok den mest praktiske konvensjonsgrunnen ved subjektiv sur place. En asylsøker kan for eksempel ha deltatt i demonstrasjoner mot regimet eller andre mulige forfølgere i hjemlandet, etter å ha reist fra landet. Andre eksempler er at vedkommende publiserer politiske ytringer eller symboler på internett eller er politisk aktiv i media, etter at han eller hun forlot hjemlandet.

Dersom den politiske aktiviteten har vært synlig for de mulige forfølgerne i hjemlandet, kan aktiviteten medføre fare for forfølgelse ved retur. Asylsøkeren har da normalt krav på å bli anerkjent som flyktning. Hvis det er mistanke om at asylsøkeren har foretatt de politiske handlingene hovedsakelig for å få opphold, kan det imidlertid være aktuelt å anvende misbruksbestemmelsen.

2.5 Momenter i vurderingen

Når det er klart at asylsøkeren oppfyller grunnvilkårene for flyktningstatus, og at beskyttelsesbehovet skyldes hans eller hennes egne handlinger etter at han eller hun forlot hjemlandet, er neste spørsmål om vedkommende skal anerkjennes som flyktning etter hovedregelen, eller om misbruksbestemmelsen skal komme til anvendelse. Det følger av bestemmelsens ordlyd at «[v]ed vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen, skal det særlig legges vekt på ... om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse».

Formuleringene «[v]ed vurderingen» og «særlig legges vekt på» tyder på at det skal foretas en skjønnsmessig vurdering av om unntaket skal benyttes. Det innebærer for det første at også andre momenter enn formålet med handlingene i prinsippet kan tenkes å få betydning i vurderingen. Videre innebærer det at selv om handlingen er foretatt med sikte på å få opphold, behøver ikke dette å være til hinder for å innvilge opphold i alle tilfeller. At det «særlig» «skal» legges vekt på om formålet med handlingene har vært å få opphold, tilsier på den annen side at formålet skal tillegges betydelig vekt i vurderingen.

Det fremgår av forarbeidene at tilfeller der asylsøkeren tidligere ikke har engasjert seg politisk, men først etter at vedkommende ankom Norge har engasjert seg på en slik måte at det skaper forfølgelsesfare, er et eksempel som kan begrunne anvendelse av

misbruksbestemmelsen.²⁷ Videre overlater departementet spørsmålet om hvorvidt asyl skal innvilges eller ikke til konkrete vurderinger i praksis.²⁸ På denne bakgrunn kan en rekke forskjellige momenter tenkes å få betydning i den enkelte sak. Høyesterett har ikke tatt stilling til hvilke momenter som har betydning ved anvendelsen av misbruksbestemmelsen.

Bestemmelsen er imidlertid behandlet i flere avgjørelser fra lagmannsrettene og tingrettene. I tillegg er bestemmelsen anvendt i en rekke vedtak fra Utlendingsnemnda (UNE), og UNE har utformet et praksisnotat basert på praksisen.²⁹

Et viktig moment i rettspraksis og UNEs praksis er tidspunktet for når asylsøkerens aktivitet begynte.³⁰ Dersom vedkommendes aktivitet representerer en naturlig fortsettelse av hans eller hennes aktivitet i hjemlandet, foreligger det et såkalt «bro-tilfelle» som også etter utlendingsloven av 1988 kunne gi rett til asyl.³¹ Også etter den någjeldende bestemmelsen må det være et tungtveiende moment i vurderingen om aktiviteten begynte før asylsøkeren forlot hjemlandet og har hatt en naturlig utvikling etter at han eller hun kom til Norge.³²

Hvis asylsøkeren først påbegynner sin politiske aktivitet etter å ha forlatt hjemlandet, kan dette tyde på at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å få opphold. Særlig gjelder dette dersom aktiviteten først påbegynnes etter at vedkommende har fått avslag på en tidligere asylsøknad.³³ Hvert tilfelle må imidlertid vurderes konkret. Det er ikke nødvendigvis mistenkelig at mennesker med avvikende religiøse eller politiske orienteringer blir politisk aktive eller øker sin politiske eller religiøse aktivitet etter at de forlater hjemlandet. Her er mulige forfølgere utenfor rekkevidde, og ytringsfriheten åpner for større muligheter for offentlig kritikk av eget regime.

Et annet viktig moment, som har tett sammenheng med det foregående, er om asylsøkeren øker og tilpasser sin aktivitet og synlighet i takt med avslag. Dersom asylsøkerens handlinger tyder på at vedkommende har brukt begrunnelsene i utlendingsforvaltningens vedtak om

²⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 101.

²⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 101.

²⁹ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller.*

³⁰ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller.*

³¹ NOU 2004: 20 s. 123.

³² LB-2014-075959.

³³ LB-2015-156827.

avslag som en form for oppskrift for å oppnå opphold, kan dette tale for at hovedformålet med handlingene har vært å oppnå opphold.³⁴

Videre kan asylsøkerens refleksjon rundt og kunnskap om den politiske eller religiøse orienteringen han eller hun påberoper seg være et moment i vurderingen.³⁵ Hvis vedkommendes egne verdier for eksempel harmonerer dårlig med verdiene til det politiske partiet han eller hun pretenderer å tilhøre, vedkommende har lite kunnskap om partiets standpunkter, eller han eller hun stadig har skiftet politisk ståsted, kan dette indikere at det hovedsakelige formålet med den politiske aktiviteten har vært å få opphold.

Også det at asylsøkeren har en påfallende sterk profilering, er et moment i vurderingen.³⁶ Hvis det er manglende samsvar mellom asylsøkerens beskjedne politiske engasjement eller bevissthet rundt eget politisk ståsted og hans eller hennes sterke profilering i media eller på internett, kan dette tyde på at aktiviteten er foretatt hovedsakelig for å få opphold.

Videre er det i praksis tillagt vekt om asylsøkerens opplysninger generelt anses troverdige.³⁷ Asylsøkeren kan ha lav troverdighet, for eksempel på grunn av gjentatte usannheter og dårlig sammenheng mellom ulike forklaringer i søknadsprosessen. Dette kan i noen tilfeller tale for å tillegge hans eller hennes forklaringer også vedrørende sin egen politiske oppfatning eller religiøse overbevisning mindre vekt ved vurderingen av formålet med handlingene.

Til slutt er det også et moment om asylsøkeren også har foretatt *andre* handlinger som tyder på at hovedmotivet med sur place-handlingene har vært å få oppholdstillatelse.

Vedkommende har for eksempel nektet å forlate landet, eller unndratt seg utkastelse etter å ha fått avslag på den opprinnelige asylsøknaden.³⁸ Dette kan etter omstendighetene være en indikasjon på at også den sur place-aktiviteten som vedkommende nå påberoper seg som grunnlag for flyktningstatus, er foretatt med det formål å få opphold. At en person unndrar seg utkastelse, kan imidlertid også indikere at vedkommende har en særlig sterk frykt for forfølgelse, noe som ikke automatisk bør tale mot at han eller hun innvilges flyktningstatus.

³⁴ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller*.

³⁵ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller* og LB-2015-82716.

³⁶ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller*.

³⁷ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller* og LB-2015-82716.

³⁸ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller* og LB-2015-82716.

Dette er de viktigste momentene som i praksis er tillagt vekt i vurderingen av om misbruksbestemmelsen skal gis anvendelse. Også andre momenter kan tenkes å få betydning etter omstendighetene i den enkelte sak. Hvilke momenter som får betydning i ulike tilfeller og hvilken vekt de enkelte momentene tillegges, må bero på en konkret vurdering av omstendighetene i den enkelte sak.

2.6 Bevisbyrde og beviskrav

Det er staten som har bevisbyrden for at det hovedsakelige formålet har vært å få opphold. Dette er forutsatt i NOU 2004: 20 s. 394, der utvalget uttaler at det bør gjelde et krav om sannsynlighetsovervekt for eventuelle «anførsler fra statens side» om at formålet med asylsøkerens handlinger har vært å skaffe seg opphold i Norge. Dette er også lagt til grunn i lagmannsrettspraksis.³⁹

I utgangspunktet er spørsmålet hva som har vært den aktuelle asylsøkerens subjektive motiver bak sine handlinger. En slik individuell vurdering av asylsøkerens motiver vil imidlertid være usikker ettersom asylsøkeren har et incitament til å lyve om sine motiver, og hans eller hennes egne påstander derfor ikke nødvendigvis er pålitelige. Ved vurderingen av hva som «fremstår som» det mest sannsynlige hovedformålet, må det derfor tas utgangspunkt i objektive ytre holdepunkter, som asylsøkerens forklaring i asylsaken og øvrige omstendigheter i saken.⁴⁰

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd tilsier at beviskravet er sannsynlighetsovervekt, jf. formuleringen «mest sannsynlig». Det innebærer at bevistemaet er om det er mer sannsynlig at hovedformålet med asylsøkerens handlinger har vært å få opphold enn at det ikke har vært det. Kravet om sannsynlighetsovervekt er i samsvar med det generelle utgangspunktet i norsk utlendingsrett og ellers i sivilretten.

I saker som gjelder beskyttelse modifiseres utgangspunktet om sannsynlighetsovervekt imidlertid vanligvis av tvilsfordelsprinsippet.⁴¹ Tvilsfordelsprinsippet («benefit of the doubt») er et internasjonalt anerkjent prinsipp, og det fremgår av forarbeidene til utlendingsloven at rimelig tvil skal komme søkeren til gode i saker som gjelder anerkjennelse av

³⁹ LB-2013-163116.

⁴⁰ LB-2014-89067.

⁴¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72 og UNHCRs Håndbok punkt 203-204.

flyktningstatus.⁴² Denne forståelsen ble ansett å være en riktig forståelse av flyktningkonvensjonen og bedre i samsvar med praksis i andre land. Dette innebærer at det i utgangspunktet ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at vilkårene i flyktningkonvensjonen er oppfylt for at asylsøkeren skal anerkjennes som flyktning. Hvis asylsøkeren fremstår som generelt troverdig og tvilen om faktum er saklig begrunnet, skal rimelig tvil komme ham eller henne til gode.⁴³

At det i relasjon til misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd er nok å konstatere sannsynlighetsovervekt for at det hovedsakelige formålet har vært å få opphold, harmonerer dermed dårlig med det beviskravet som gjelder ellers i saker om anerkjennelse av flyktningstatus. Det er ikke begrunnet i proposisjonen hvorfor beviskravet er sannsynlighetsovervekt i saker der det er mistanke om misbrukshensikt.

Lovutvalget uttrykker i sin utredning at det lempelige beviskravet som gjelder i spørsmålet om vilkårene for flyktningstatus etter første ledd, er oppfylt er begrunnet med at det kan være krevende for personer på flukt fra forfølgelse å bevise sine beskyttelsesbehov.⁴⁴ Utvalget fremholdt at de hensynene som gjør seg gjeldende etter bestemmelsens første ledd ikke gjør seg gjeldende når det gjelder hvilket beviskrav som skal praktiseres etter § 28 fjerde ledd. Ettersom utlendingen ofte vil ha mindre problemer med å dokumentere hva vedkommende har gjort sur place, fremholdt utvalget at det alminnelige krav om sannsynlighetsovervekt som utgangspunkt burde gjelde når det gjelder asylsøkerens påstander om at han eller hun har begått handlinger utenfor hjemlandet. Utvalget legger uten begrunnelse til, at det samme bør gjelde for statens anførsler om at formålet med søkerens handlinger har vært å oppnå opphold i Norge.

Det er vanskelig å se begrunnelsen for dette standpunktet. Asylsøkeren vil riktignok ha bedre muligheter til å føre bevis for sine *handlinger* etter at han eller hun kom til Norge, enn for eventuelle handlinger og tidligere forfølgelse som skal ha skjedd i hjemlandet. Det er imidlertid ikke enklere for vedkommende å føre motbevis for at handlingene hans eller hennes hovedsakelig er begrunnet i et ønske om oppholdstillatelse. Særlig gjelder dette hvis

⁴² Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72.

⁴³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72 og UNHCRs Håndbok punkt 203-204.

⁴⁴ NOU 2004: 20 s. 394.

bevistemaet er om vedkommende allerede hadde et politisk engasjement eller en religiøs overbevisning i hjemlandet, som har utviklet seg etter at han eller hun reiste.

I en avgjørelse fra lagmannsretten har Utlendingsnemnda anført at beviskravet er annerledes i misbrukstilfellene fordi asylsøkeren uansett ikke risikerer å bli returnert til forfølgelse dersom vedkommende får avslag på asylsøknaden.⁴⁵ Som fremstillingen i kapittel 3 nedenfor viser, vil asylsøkeren riktignok ikke bli returnert, men få opphold på annet grunnlag. Dette kan imidlertid ikke være en god begrunnelse for å operere med ulike beviskrav. Hvis det skal stilles strengere krav til sannsynligheten av forklaringen til de asylsøkerne som uansett vil ha krav på opphold etter § 38 eller § 74, medfører dette i realiteten at det stilles strengere krav i de mest alvorlige sakene. Det er i slike saker at retur i alle tilfelle er utelukket. Det lempelige beviskravet i asylsaker blir dermed illusorisk i slike saker.

Det kan følgelig være vanskelig å se begrunnelsen for at det bare skal gjelde et krav om sannsynlighetsovervekt for at det hovedsakelige formålet har vært å få opphold. Når lovteksten har fått denne utformingen, bør dette likevel legges til grunn i forståelsen av den norske bestemmelsen. På bakgrunn av den skjønnsmessige utformingen av misbruksbestemmelsen, kan det imidlertid ikke være noe i veien for å legge vekt på om kravet til sannsynlighetsovervekt bare så vidt er oppfylt eller om det er mer enn oppfylt. En slik tolkning finner støtte også i litteraturen. Terje Einarsen fremholder at forvaltningen «formentlig [bør] konsentrere seg om de klare misbrukstilfellene».⁴⁶

2.7 Tidspunktet for vurderingen av formålet

Bevistemaet er hva som «fremstår som» det mest sannsynlige formålet bak asylsøkerens handlinger for utlendingsforvaltningen. Det er sikker rett at det er de faktiske forholdene på vedtakstidspunktet som er avgjørende hvis domstolen skal ta stilling til gyldigheten av utlendingsforvaltningens avgjørelse.⁴⁷

Det avgjørende er hva som var motivet på tidspunktet da handlingene som har ledet til beskyttelsesbehovet ble foretatt. Dette fremgår av formuleringen i ordlyden om at

⁴⁵ LB-2014-89067.

⁴⁶ Terje Einarsen i Vigdis Vevstad (red.), *Utlendingsloven, Kommentartutgave*, Oslo 2010 s. 209.

⁴⁷ Jf. dommen inntatt Rt. 2015 s. 1388 (avsnitt 69-70) med videre henvisninger.

hovedformålet «har vært» å oppnå oppholdstillatelse, og er også lagt til grunn i lagmannsrettspraksis.⁴⁸ Etter ordlyden er det dermed ikke tilstrekkelig at asylsøkeren har utviklet en genuin politisk eller religiøs oppfatning i ettertid av handlingene. Den skjønnsmessige utformingen av bestemmelsen taler likevel for at det i vurderingen av om misbruksbestemmelsen skal benyttes, bør kunne legges vekt på om asylsøkeren i ettertid har fått en reell overbevisning.

2.8 Det hovedsakelige formålet

Vurderingstemaet for om misbruksbestemmelsen får anvendelse er om det fremstår som mest sannsynlig at «det hovedsakelige formålet» har vært å få opphold. En naturlig språklig forståelse tilsier at formålet om å oppnå oppholdstillatelse ikke behøver å ha vært det eneste formålet bak handlingene. Det må imidlertid fremstå som det mest sentrale motivet hvis det er flere motiver. Asylsøkeren kan ha en genuin politisk oppfatning eller religiøs overbevisning, men likevel bli nektet flyktningstatus, dersom hans eller hennes politiske eller religiøse aktiviteter hovedsakelig er begrunnet i et ønske om oppholdstillatelse.

Enkelte uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen kan tas til inntekt for at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende, slik at det kun er tilfeller der handlingene er utført «utelukkende» for å oppnå oppholdstillatelse eller der «selve formålet» var å oppnå oppholdstillatelse som omfattes.⁴⁹ Disse formuleringene ble imidlertid ikke videreført i det siste utkastet, og ordlyden i den endelige bestemmelsen bør derfor være avgjørende i tolkningen. Dette er også lagt til grunn i lagmannsrettspraksis.⁵⁰

I en avgjørelse av Borgarting lagmannsrett uttalte retten om kravet til hovedsakelig formål at kravet var oppfylt når det etter rettens samlede vurdering «ikke [var] sannsynlig at A ville ha gjennomført den omfattende politiske aktiviteten i Norge hvis ikke dette hadde gitt ham utsikt til å få opphold her.»⁵¹ Formålet om å få oppholdstillatelse må med andre ord ha vært en nødvendig årsak til at asylsøkeren foretok de gjeldende handlingene.

⁴⁸ LB-2015-156827.

⁴⁹ NOU 2004: 20 s. 154-155 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 100.

⁵⁰ Se for eksempel LB-2014-89067.

⁵¹ LB-2015-156827.

3 Betydningen av misbruksbestemmelsen

3.1 Innledning

Når det er klart hvilke vilkår som må være oppfylt for at misbruksbestemmelsen kan benyttes, er et aktuelt spørsmål hvilken betydning det får at bestemmelsen benyttes. En utlending som anerkjennes som flyktning, har rettskrav på asyl, jf. formuleringen «rett til oppholdstillatelse (asyl)» i utl. § 28 andre ledd. Dette gjelder også for flyktninger sur place, jf. fjerde ledd første punktum. Dersom misbruksbestemmelsen derimot kommer til anvendelse, anerkjennes asylsøkeren ikke som flyktning og vedkommende får ikke innvilget asyl.

Selv om asylsøkeren ikke får innvilget asyl, kan vedkommende ikke sendes tilbake til hjemlandet dersom det da er fare for forfølgelse. Dette følger av «non refoulement-prinsippet», som innebærer at ingen stater kan sende mennesker til en stat der de risikerer å bli utsatt for forfølgelse eller andre alvorlige overgrep. Prinsippet kommer til uttrykk i flyktningkonvensjonen art. 33 nr. 1 for flyktningers vedkommende, og kommer generelt til uttrykk i utl. § 73. Prinsippet følger også indirekte av Grunnloven⁵² § 93 andre ledd,⁵³ FNs torturkonvensjon (TK)⁵⁴ art. 3, EMK art. 3 og SP art. 7, og regnes antakelig også som folkerettslig sedvanerett.⁵⁵ Betydningen av at misbruksbestemmelsen benyttes er dermed ikke at asylsøkeren returneres til hjemlandet, men at vedkommende får opphold på et annet grunnlag enn etter utl. § 28.

3.2 Alternative oppholdstillatelser

3.2.1 Innledning

Hvis asylsøkeren ikke gis asyl etter utl. § 28, kan han eller hun for det første innvilges en alminnelig oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter § 38 første ledd. Alternativt kan vedkommende gis en begrenset tillatelse etter § 38 femte ledd, hvis misbruket kan regnes som «særlige grunner». Til slutt kan asylsøkeren innvilges oppholdstillatelse etter § 74, dersom hans eller hennes eneste grunnlag for opphold er vernet mot utsendelse etter § 73. Det fremgår

⁵² Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

⁵³ Jf. HR-2016-1051-A (avsnitt 36).

⁵⁴ United Nations, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York 10. December 1984.

⁵⁵ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 97 og Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 336.

ikke av ordlyden til § 28 fjerde ledd hvilken tillatelse som skal gis i misbrukstilfeller, og spørsmålet er ikke regulert i forskrift. I forarbeidene er det imidlertid uttalt, at det i utgangspunktet bør gis tillatelse etter § 38 fremfor den mer begrensede tillatelsen etter § 74, men at den nærmere grensedragningen må skje i praksis.⁵⁶

De viktigste forskjellene mellom de alternative oppholdstillatelsene knytter seg til varigheten av oppholdstillatelsen, adgangen til fornyelse av tillatelsen, innholdet i de ulike tillatelsene og om tillatelsen danner grunnlag for varig oppholdstillatelse og familieinnvandring. I tillegg har flyktninger noen særlige rettigheter i lovverket forøvrig.

3.2.2 Oppholdstillatelse for flyktninger (Asyl)

Asyl etter utl. § 28 er den mest gunstige oppholdstillatelsen. Tillatelsen gis som hovedregel for tre år, den *skal* som hovedregel fornyes og den danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse.⁵⁷ Oppholdstillatelsen gir videre rett til opphold og arbeid i hele riket og gjentatte innreiser i riket, og den gir grunnlag for familieinnvandring.⁵⁸ For flyktninger gjelder det også visse særregler for familiegjenforening. Hovedregelen er at familiemedlemmer som skal komme til Norge gjennom familiegjenforening må være sikret bolig og kunne forsørges av familien som har opphold i Norge.⁵⁹ Dersom det er familien til en flyktning som skal komme til Norge og familieforholdet var etablert før flyktnings ankomst til Norge, kreves det likevel ikke at flyktningen er i stand til å forsørge familien.⁶⁰

Flyktninger har også noen særlige rettigheter etter særlovgivningen. Enkelte av rettighetene i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven, ftrl.) tilkommer flyktninger som har fått opphold i medhold av utl. § 28 selv om de ikke fyller alle vilkårene som normalt må være oppfylt etter loven.⁶¹ Flyktninger kan også ha rett til flyktningsstipend til videregående utdanning eller grunnskoleopplæring.⁶²

⁵⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 101.

⁵⁷ Utl. § 60 første ledd, jf. uf. § 10-13 første punktum, utl. § 61 andre ledd og utl. § 62 første ledd.

⁵⁸ Utl. § 60 tredje ledd bokstav a, b og c og utl. § 40 første ledd bokstav c.

⁵⁹ Utl. § 58 første ledd, jf. uf. § 10-8 første ledd.

⁶⁰ Uf. § 10-8 fjerde ledd bokstav a.

⁶¹ Se folketrygdloven § 1-7, jf. § 3-2 sjette ledd, §3-3 syvende ledd, § 3-9, § 10-2 tredje ledd, § 11-2 tredje ledd, § 12-2 andre ledd, § 12-13 fjerde ledd andre punktum, § 12-15 andre ledd, § 15-2 andre ledd, § 17-3 første ledd bokstav c, § 18-2 tredje ledd, § 19-2 andre ledd bokstav c, § 20-10 fjerde ledd første punktum.

⁶² Forskrift 26. februar 2016 nr. 205 om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2016-2017 kapittel 42, jf. lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringsloven) § 4A-1.

3.2.3 Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

I UNEs praksis er flertallet av tillatelser i misbrukstilfellene gitt på humanitært grunnlag etter utl. § 38 første ledd.⁶³ Dette er det mest gunstige av alternativene til tillatelser etter § 28. Også slike tillatelser gis som hovedregel for tre år.⁶⁴ Som tillatelser etter § 28 gir også tillatelser etter § 38 grunnlag for fornyelse, men bare dersom grunnlaget for tillatelsen fortsatt er til stede.⁶⁵ Oppholdstillatelsen etter § 38 danner videre grunnlag for permanent oppholdstillatelse, og den gir rett til opphold i hele riket, rett til å arbeide og rett til gjentatte innreiser i Norge.⁶⁶ Tillatelsen danner normalt også grunnlag for familieinnvandring, men i motsetning til det som gjelder for flyktninger, kreves det i så fall at familien skal være sikret bolig og kunne forsørges av familien.⁶⁷

3.2.4 Begrenset oppholdstillatelse på humanitært grunnlag

Begrensede oppholdstillatelser etter utl. § 38 femte ledd er i UNEs praksis gitt i misbrukstilfeller, dersom misbruket representerer «særlige grunner» for å gi begrenset tillatelse.⁶⁸ En slik tillatelse er en begrenset versjon av en tillatelse etter § 38 første ledd. Tillatelsene er like med unntak av de begrensninger som er fastsatt i den enkelte tillatelse etter femte ledd. Tillatelsen innvilges for ett år, med mindre kortere varighet er fastsatt.⁶⁹ De begrensninger som kan fastsettes er at tillatelsen ikke skal kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, familieinnvandring eller fornyelse.⁷⁰

3.2.5 Oppholdstillatelse på grunnlag av utsendelsesvernet

Oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 74 er den minst gunstige oppholdstillatelsen. I UNEs praksis er slike tillatelser normalt innvilget i misbrukstilfeller dersom misbruket er grovt eller det foreligger tunge innvandringsregulerende hensyn.⁷¹ Tillatelsen er midlertidig og gis normalt for en periode av inntil seks måneder om gangen, i særlige tilfeller inntil ett år.⁷² Den faller bort etter vedtak når hinderet for utsendelse bortfaller.⁷³ Tillatelsen gir

⁶³ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller.*

⁶⁴ Utl. § 60 første ledd, jf. uf. § 10-13 første punktum.

⁶⁵ Utl. § 61 første ledd.

⁶⁶ Utl. § 60 tredje ledd bokstav d, jf. § 62 første ledd og utl. § 60 tredje ledd bokstav a, b og c.

⁶⁷ Utl. § 40 første ledd bokstav c, jf. utl. § 58 første ledd, jf. uf. § 10-8 første ledd.

⁶⁸ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller.*

⁶⁹ Utl. § 38 femte ledd bokstav d, jf. uf. § 10-13 andre punktum.

⁷⁰ Utl. § 38 femte ledd bokstav a, b og c.

⁷¹ Utlendingsnemndas praksisnotat av 23.06.2016: *Sur place: Unntak i misbrukstilfeller.*

⁷² Uf. § 15-2 første ledd.

⁷³ Utl. § 74, jf. uf. § 15-2 andre ledd.

grunnlag for fornyelse, men gir ikke grunnlag for permanent oppholdstillatelse eller familiegjenforening.⁷⁴ Den gir rett til opphold i hele riket og normalt også rett til å arbeide, selv om det kan gjøres unntak fra dette.⁷⁵ Oppholdstillatelsen gir derimot ikke rett til gjentatte innreiser til Norge.⁷⁶

3.3 Oppsummering

Som fremstillingen ovenfor viser, er det viktige forskjeller mellom de ulike tillatelsene. Dette medfører for det første at det har stor betydning for den enkelte om vedkommende blir anerkjent som flyktning og får asyl, eller om misbruksbestemmelsen benyttes og han eller hun får innvilget en alternativ oppholdstillatelse. Flyktninger er gitt en særlig gunstig rettsstilling i regelverket. For det andre er det også av stor betydning hvilken alternativ oppholdstillatelse vedkommende får istedenfor asyl hvis misbruksbestemmelsen benyttes. Det er viktige forskjeller mellom oppholdstillatelsene etter utl. § 38 første ledd, § 38 femte ledd og § 74.

Flyktninger har etter flyktningkonvensjonen art. 7 nr. 1 krav på minst like gunstig behandling som utlendinger ellers er innvilget i Norge. Derfor er verken det å innvilge opphold etter § 38 eller § 74 i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser, dersom den personen det gjelder oppfyller vilkårene for flyktningstatus etter konvensjonen. Personen har i så fall krav på flyktningstatus og de rettighetene som flyktninger er gitt av staten. Til dette kommer at en tillatelse etter § 74 heller ikke oppfyller kravet i flyktningkonvensjonen art. 28 nr. 1 om at flyktninger skal gis rett til gjentatte inn- og utreiser fra landet.

⁷⁴ Uf. § 15-3 og § 15-4 første ledd.

⁷⁵ Uf. § 15-4 andre ledd

⁷⁶ Utl. § 74 tredje punktum, jf. uf. § 15-4 første ledd andre punktum.

4 Er misbruksbestemmelsen i samsvar med flyktningkonvensjonen?

4.1 Innledning

Hovedspørsmålet i kapittel 4 er om misbruksbestemmelsen i utlendingsloven er i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. Svaret beror på om flyktningkonvensjonen, tolket i lys av relevante rettskildefaktorer, gir adgang til å oppstille et unntak i misbrukstilfeller ved subjektiv sur place. I kapittel 4.3 gis en kort fremstilling av hvilke prinsipper eller retningslinjer som gjelder ved tolkningen av flyktningkonvensjonen.

I kapitlene 4.4 til 4.7 gjennomgås de relevante rettskildefaktorene ved tolkningen av konvensjonen. Hensikten er å komme frem til hvilke slutninger hver enkelt rettskildefaktor taler for å trekke. I kapittel 4.8 avveies de enkelte rettskildefaktorene mot hverandre, for å gi svar på spørsmålet om misbruksbestemmelsen er i strid med konvensjonen.

Før spørsmålet om flyktningkonvensjonen åpner for en misbruksbestemmelse som den norske behandles, knyttes noen bemerkninger til hvorfor konvensjonen er relevant i norsk rett, og hvilken vekt konvensjonen skal ha i norsk rett i kapittel 4.2.

4.2 Flyktningkonvensjonens relevans og vekt i norsk rett

Det grunnleggende utgangspunktet i folkeretten er prinsippet om statssuverenitet, som går ut på at alle stater har rett til å styre seg selv uten innblanding utenfra. Dette innebærer at alle stater som hovedregel har rett til selv å avgjøre om utlendinger skal gis opphold i riket.⁷⁷ I utgangspunktet er det dermed opp til norske myndigheter om de vil innvilge flyktningstatus i misbrukstilfeller eller ikke.

Suverenitetsprinsippet gjelder imidlertid ikke uten modifikasjoner. Stater kan være bundet av folkerett som bygger på ulike rettslige grunnlag. Av statuttene for Den internasjonale domstol (ICJ)⁷⁸ art. 38 nr. 1, fremgår det hvilke rettskilder som er mest sentrale i folkeretten.

Statuttene gjelder formelt kun for ICJ, men ansees å gi alminnelig uttrykk for de viktigste rettskildefaktorene i folkeretten.⁷⁹ Det fremgår av ICJs statutter art. 38 nr. 1 bokstav a at folkerettslige problemstillinger skal løses i overensstemmelse med de internasjonale

⁷⁷ Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 24.

⁷⁸ Statute of The International Court of Justice (ICJ), New York 24. October 1945.

⁷⁹ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 66.

konvensjoner som en stat er bundet av. Flyktningkonvensjonen ble ratifisert av Norge 7. november 1952, og ble dermed folkerettslig bindende for den norske staten.

Norsk rett bygger imidlertid på et dualistisk prinsipp. Det innebærer at statens folkerettslige forpliktelser må gjennomføres særskilt i norsk rett før de kan få direkte internrettslig virkning. Flyktningkonvensjonen er gjennomført internt i norsk rett, dels ved gjengivelse av enkelte av bestemmelsene i norsk lovgivning. Flyktningdefinisjonen i FK art. 1 A (2) er for eksempel inntatt i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, jf. §§ 29-30. Dels er konvensjonen gjennomført ved at det er etablert sektormonisme på utlendingslovens område. Det følger av utlendingsloven § 3 at utlendingsloven «skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.»

Utlendingsloven § 3 retter seg først og fremst mot traktater, sedvaner og alminnelige rettsprinsipper som er rettslig bindende for staten.⁸⁰ I forarbeidene er det imidlertid forutsatt at også folkerettslige soft law-prinsipper vil kunne ha betydning ved tolkningen.⁸¹ Med «soft law» menes erklæringer, deklarasjoner og anbefalinger som gir uttrykk for statenes felles politiske intensjoner, men som ikke formelt er rettslig bindende. Både flyktningkonvensjonen selv og uttalelser fra organer som har som formål å gi veiledning til tolkningen har derfor betydning for tolkningen av utlendingsloven.

Bestemmelsen medfører for det første at folkerettslige regler som Norge er bundet av skal anvendes for å tolke og utfylle loven. Dette innebærer at dersom det er flere mulige tolkninger av en bestemmelse i utlendingsloven, skal det alternativ som best harmoniserer med flyktningkonvensjonen velges, hvis dette er til fordel for individet.⁸² Misbruksbestemmelsen i utlendingsloven er imidlertid så vidt klart utformet, at det er vanskelig å tolke bort en eventuell motstrid med konvensjonen.

Bestemmelsen medfører imidlertid for det andre at hvis det foreligger absolutt motstrid, går den regelen som følger av flyktningkonvensjonen foran eventuelle kolliderende bestemmelser i utlendingsloven, dersom dette er til gunst for individet.⁸³ På denne måten er de reglene som følger av en tolkning av flyktningkonvensjonen gitt forrang fremfor interne norske

⁸⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

⁸¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

⁸² NOU 2004: 20 s. 373 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

⁸³ NOU 2004: 20 s. 373 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401.

bestemmelser innenfor utlendingslovens anvendelsesområde. Dersom den norske misbruksbestemmelsen er i strid med den regelen som følger av den ferdig tolkede konvensjonen, må bestemmelsen derfor settes til side som stridende mot folkeretten.

4.3 Generelt om tolkningen av flyktningkonvensjonen

Neste spørsmål er hvordan flyktningkonvensjonen skal tolkes for å finne ut om konvensjonen åpner for å gjøre unntak fra flyktningstatus i misbrukstilfeller ved subjektiv *sur place*.

Høyesterett behandlet forholdet mellom misbruksbestemmelsen og FK art. 1 A (2) i HR-2017-569-A. I tråd med alminnelig folkerettslig metode, tok Høyesterett utgangspunkt i Wien-konvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969 (heretter Wien-konvensjonen)⁸⁴ i tolkningen av flyktningkonvensjonen.⁸⁵ Wien-konvensjonen er ikke ratifisert av Norge, men de fleste bestemmelsene ansees som uttrykk for folkerettslig sedvanerett som Norge derfor er bundet av. Konvensjonens kapittel 3 inneholder retningslinjer for hvordan internasjonale traktater, alle folkerettslig bindende avtaler, skal tolkes.

Etter Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 skal en traktat tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Utgangspunktet er dermed en naturlig språklig forståelse av konvensjonens begreper lest i sin kontekst eller sammenheng og i lys av sitt formål. I art. 31 nr. 2-4 er dette utgangspunktet presisert og modifisert noe og i art. 32 oppstilles noen supplerende kilder i fortolkningen av konvensjonsteksten. Det er disse retningslinjene som er utgangspunktet for tolkningen av flyktningkonvensjonen i kapittel 4.4.

I HR-2017-569-A uttalte Høyesterett imidlertid at selv om Wien-konvensjonens prinsipper ligger til grunn for tolkningen av flyktningkonvensjonen, må tidligere forståelse av spørsmålet i norsk rett være «en viktig rettskilde så fremt det ikke har kommet til noe nytt».⁸⁶ Også tidligere norsk rettspraksis vedrørende spørsmålet og lovgivers oppfatning når misbruksbestemmelsen ble vedtatt er derfor av betydning i tolkningen av konvensjonen i

⁸⁴ United Nations, The Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23 May 1969.

⁸⁵ HR-2017-569-A (avsnitt 44).

⁸⁶ HR-2017-569-A (avsnitt 50).

norsk rett. Dette behandles i kapittel 4.5 og 4.6. Til slutt kan også reelle hensyn ha en viss betydning i tolkningen av konvensjonen i norsk rett, og disse behandles i kapittel 4.7

4.4 Tolkning etter Wien-konvensjonens prinsipper

4.4.1 Er det rom for en statlig skjønnsmargin?

Et aktuelt spørsmål ved anvendelsen av flyktningskonvensjonen i norsk rett er om det gjelder en skjønnsmargin for statene ved gjennomføringen av konvensjonen, slik at statene gis en viss frihet til å tolke konvensjonen etter egne forutsetninger.

I regelen om ordlyds- og formålstro tolkning av konvensjoner i Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 ligger et autonomiprinsipp. At konvensjonens begreper er autonome innebærer at bestemmelsene har ett bestemt innhold og at de enkelte medlemsstatene ikke selv kan fastlegge hvordan traktatforpliktelsene skal forstås og anvendes nasjonalt. Det kreves klare og konkrete holdepunkter i konvensjonens ordlyd eller rettskildene for øvrig for å frafalle dette prinsippet.⁸⁷

Prinsippet om autonom tolkning styrkes ytterligere av at flyktningskonvensjonen art. 1 er en av de artiklene som statene ikke kunne ta forbehold mot etter flyktningskonvensjonen art. 42. Dette tyder på at det er forutsatt et felles flyktningsbegrep. Det er også lagt til grunn i juridisk teori at det ikke gjelder noen statlig skjønnsmargin ved tolkningen av flyktningsdefinisjonen.⁸⁸

Enkelte uttalelser i konvensjonens forarbeider kan også tas til inntekt for at det ble forutsatt en felles, folkerettslig autonom forståelse av flyktningsbegrepet. Under Ad Hoc-komiteéns behandling foreslo Canadas representant at det kunne overlates til statene selv å avgjøre hvem som var flyktninger og hadde krav på beskyttelse etter konvensjonen.⁸⁹ USAs representant uttalte derimot, med støtte fra den franske representanten, at en slik avhengighet av «good will» fra statenes side ville innebåret at det ikke var behov for noen konvensjonen.⁹⁰

⁸⁷ Terje Einarsen, *Retten til vern som flykting*, Bergen 2000 s. 62-63.

⁸⁸ Terje Einarsen, *Retten til vern som flykting*, Bergen 2000 s. 79.

⁸⁹ UN Doc. E/AC.32/SR.2, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the Second Meeting*. 17 January 1950 avsnitt 30, Chairman Chance (Canada).

⁹⁰ UN Doc. E/AC.32/SR.2, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the Second Meeting*. 17 January 1950 avsnitt 31-32, Henkin (USA) og Rain (Frankrike).

Også den israelske representanten fremholdt at det å overlate til hver av medlemsstatene selv å definere begrepet flyktning, ville gjøre konvensjonen både vag og ineffektiv.⁹¹ En slik tilnærming burde etter hans syn unngås, da det i praksis ville gjort konvensjonen virkningsløs. Etter hans syn betød dette imidlertid ikke at medlemsstatene ikke skulle gis noe rom for å tolke konvensjonen. Det var etter hans syn klart at konvensjonen måtte gis anvendelse innenfor rammeverket av hvert enkelt medlemsstats rettssystem, så lenge nasjonal rett ikke ble tolket så strengt at det reduserte konvensjonens effektivitet. Denne uttalelsen kan tas til inntekt for at det var forutsatt en viss skjønnsmargin. Samlet sett gir uttalelsene i forarbeidene dermed ikke noe entydig svar på om det er rom for en statlig skjønnsmargin ved tolkningen.

Spørsmålet om det gjelder en statlig skjønnsmargin ble ikke behandlet i HR-2017-569-A, da det ikke var nødvendig for å begrunne Høyesteretts resultat. Uttalelser fra et mindretall i «Abdi-dommen» inntatt i Rt. 1991 s. 586 (på s. 594) er riktignok blitt tatt til inntekt for at det gjelder en statlig skjønnsmargin for medlemsstatene utenfor flyktningkonvensjonens kjerneområde. Tatt i betraktning Abdi-dommens alder, er det usikkert hvorvidt tolkningen i dommen kan opprettholdes. Det har skjedd en betydelig utvikling i retning av å tillegge internasjonale konvensjoner mer vekt i norske domstoler siden 90-tallet. Til dette kommer at uttalelsen stammer fra et mindretallsvotum. Den rettsforståelsen som fremkommer i avgjørelsen er også kritisert i juridisk teori.⁹²

På denne bakgrunn er det derfor ikke tilstrekkelig klare holdepunkter for å konkludere med at det er rom for en statlig skjønnsmargin. Det bør legges avgjørende vekt på den absolutte karakteren til FK art. 1 A (2), slik at det ikke ansees å være rom for en skjønnsmargin ved anvendelsen av art. 1 A (2) i norsk rett.

4.4.2 Naturlig språklig forståelse av ordlyden

Ettersom det ikke er rom for en statlig skjønnsmargin, er spørsmålet om misbruksbestemmelsen i utlendingsloven er i samsvar med det som følger av en korrekt tolkning av FK art. 1 A (2). Utgangspunktet for traktattolkning er en naturlig språklig forståelse av konvensjonstekstens ord og uttrykk («in accordance with the ordinary meaning

⁹¹ UN Doc. E/AC.32/SR.5, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *Summary Record of the Fifth Meeting*. 30 January 1950 avsnitt 24-26, Robinson (Israel).

⁹² Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 40-41, Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 77 flg., Vigdis Vevstad (red.), *Utlendingsloven, Kommentirutgave*, Oslo 2010 s. 185-187.

to be given to the terms of the treaty»). Dette er i samsvar med det som gjelder etter norsk juridisk metode. Det er begrepene i den eller de offisielle språkversjonene som er utgangspunktet for tolkningen, jf. Wien-konvensjonen art. 33. Flyktningkonvensjonen har to offisielle språk, engelsk og fransk, jf. flyktningkonvensjonen art. 46. Det er derfor de engelske eller franske begrepene, og ikke eventuelle norske oversettelser, som er utgangspunktet for tolkningen.

Flyktningkonvensjonen inneholder ingen misbruksbestemmelse slik som den norske loven. Dette taler isolert sett mot at konvensjonen åpner for å oppstille en unntaksbestemmelse for misbrukstilfeller. Spørsmålet er om det likevel kan innfortolkes en slik unntaksadgang i konvensjonen. Svaret må bero på om subjektiv sur place generelt og eventuelt misbrukstilfellene spesielt overhodet kan danne grunnlag for flyktningstatus etter den generelle flyktningdefinisjonen i FK art. 1 A (2).

Det følger av FK art. 1 A (2) at en flyktning etter konvensjonen er enhver person som:

«[a]s a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country ...».

Det er en forutsetning for flyktningstatus etter art. 1 A (2) at alle grunnvilkårene, som ble behandlet i kapittel 2.3, er oppfylt. Det er imidlertid vilkåret om at personen må oppholde seg utenfor sitt hjemland («is outside [his] country») som er interessant i sur place-saker. Dette kravet er oppfylt også ved subjektiv sur place og i misbrukstilfellene. Det avgjørende er om det *er* risiko for forfølgelse ved retur til hjemlandet på det tidspunktet det er aktuelt å anerkjenne personen som flyktning. Det er ikke krav om at personen må ha flyktet på grunn av risiko for forfølgelse. Dette taler for at både sur place generelt og misbrukstilfellene er omfattet av definisjonen og kan danne grunnlag for flyktningstatus.

I HR-2017-569-A uttaler førstvoterende imidlertid at bakgrunnen for denne formuleringen er at de objektive sur place-tilfellene skal være omfattet av konvensjonen, og at formuleringen derfor ikke gir noen veiledning i spørsmålet om misbrukstilfellene ved subjektiv sur place.

Han viser i denne forbindelse til Zimmermann til støtte for sitt synspunkt.⁹³ Denne henvisningen fremstår som noe uforståelig, ettersom Zimmermann selv i de påfølgende sidene av det siterte verket nettopp konkluderer med at også subjektiv *sur place* på generelt grunnlag er omfattet av art. 1 A (2) og kan danne grunnlag for flyktningstatus.⁹⁴

Det finnes imidlertid også andre formuleringer i bestemmelsen som kan tas til inntekt for at subjektiv *sur place* ikke er omfattet av konvensjonens flyktningdefinisjon. Konvensjonen gjelder etter ordlyden i art. 1 A (2) personer som er utenlands «[a]s a result of events occurring before 1 January 1951». Den passive formuleringen «events occurring» (begivenheter som fant sted) taler mot at forfølgelsesfare som skyldes asylsøkerens *egne handlinger* er omfattet av ordlyden.

Det følger riktignok av flyktningprotokollen art. 1 nr. 2 at FK art. 1 A (2) skal leses som om den nevnte formuleringen var utelatt. Dette kan tale mot å tillegge noen del av den originale formuleringen på dette punktet noen betydning. Av protokollens fortale punkt 3 fremgår det at formålet med protokollen var at alle flyktninger som oppfylte vilkårene i FK art. 1 A (2) skulle ha samme status uavhengig av den tidsmessige begrensningen til begivenheter som fant sted før 1. januar 1951. Dette tyder på at formålet med endringen kun var å oppheve tidsbegrensningen, ikke å foreta realitetsendringer i definisjonen ut over dette. Dette ble også lagt til grunn av Høyesterett i HR-2017-569-A (avsnitt 47).

Videre kan kravet i konvensjonens ordlyd om at det må være årsakssammenheng mellom forfølgelsesfaren og politisk oppfatning eller en annen konvensjonsgrunn («persecuted for reasons of») tas til inntekt for at misbrukstilfellene ikke kan danne grunnlag for flyktningstatus, jf. HR-2017-569-A (avsnitt 45). Forfølgelsesfaren i misbrukstilfeller knytter seg til handlinger motivert av et ønske om opphold, ikke av en politisk oppfatning eller lignende. Det foreligger derfor ikke årsakssammenheng mellom konvensjonsgrunnen og forfølgelsesfaren i misbrukstilfeller. Mot dette argumentet kan det anføres at det er sikker rett at det er eventuelle forfølgeres oppfatning av asylsøkeren som er avgjørende, og ikke om asylsøkeren virkelig har de trekkene han eller hun blir tillagt.⁹⁵ Også feilaktig tillagte

⁹³ HR-2017-569-A (avsnitt 48) med videre henvisninger til Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A commentary*, Oxford 2011 s. 329.

⁹⁴ Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A commentary*, Oxford 2011 s. 332.

⁹⁵ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 334.

forfølgelsesgrunner kan danne grunnlag for flyktningstatus. Et unntak for misbrukstilfeller kan derfor vanskelig forankres i denne formuleringen i konvensjonsteksten.

En naturlig språklig forståelse av konvensjonens ordlyd gir dermed ikke sterke holdepunkter for hvorvidt subjektiv *sur place* generelt eller misbrukstilfellene kan danne grunnlag for flyktningstatus etter konvensjonen. Det må derfor ses hen til andre tolkningsfaktorer for å besvare problemstillingen.

4.4.3 Formålsorientert tolkning

Flyktningkonvensjonens ord og uttrykk skal etter Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1 tolkes i lys av konvensjonens formål («object and purpose»). Dette innebærer at dersom en naturlig språklig forståelse av ordlyden åpner for flere ulike tolkningsalternativer, bør det alternativet som fremmer formålet bak konvensjonen på mest mulig effektiv måte velges. Formålet til en konvensjon kan fremgå direkte eller indirekte av konvensjonens enkeltbestemmelser og av konvensjonens fortale («preamble»).

Et av formålene med flyktningkonvensjonen er ifølge fortalens punkt 2 å «assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms». Det følger av sammenhengen at utsagnet retter seg mot de fundamentale menneskerettighetene som er nedfelt i FNs menneskerettighetserklæring, inkludert for eksempel religionsfriheten i art. 18 og ytringsfriheten i art. 19. Dette taler sterkt for at asylsøkere har rett til vern for utøvelse av sine fundamentale menneskerettigheter uavhengig av om utøvelsen skjer før eller etter utreise fra hjemlandet.

Sur place-aktiviteter som religionsutøvelse, politisk aktivitet eller seksuell utfoldelse må derfor normalt gi rett til vern etter flyktningkonvensjonen. Et eventuelt unntak fra retten til flyktningstatus i misbrukstilfeller bør i tilfelle begrenses til klare misbrukstilfeller.⁹⁶ Hvis ikke risikeres det at genuin utøvelse av fundamentale menneskerettigheter rammes av misbruksbestemmelsen.

Et annet formål med flyktningkonvensjonen er imidlertid å gi vern til dem som ansees å ha størst behov for det. Dette formålet følger av at det i konvensjonens enkeltbestemmelser er oppstilt særskilte vilkår for å regnes som flyktning. Det er ikke slik at alle som ønsker

⁹⁶ I denne retning Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 610.

internasjonal beskyttelse har krav på dette. Det er en forutsetning at personen er utsatt for fare for forfølgelse på grunn av nærmere oppregnede grunner. Høyesterett har uttalt at formålet med konvensjonen er «beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem», og at dette er «mindre treffende for tilfelle hvor den hovedsakelige motivasjonen for aktiviteten er et ønske om opphold». ⁹⁷ Dette taler for at det bør være rom for unntak i misbrukstilfeller, der forfølgelsesfaren ikke har sammenheng med grunnleggende eller fundamentale trekk ved asylsøkeren.

En formålsoverordnet tolkning taler dermed for at subjektiv *sur place* generelt er omfattet av konvensjonen, men at det er rom for unntak i misbrukstilfeller. En eventuell misbruksbestemmelse må i så fall anvendes med forsiktighet slik at ikke genuin utøvelse av fundamentale menneskerettigheter rammes.

4.4.4 Tolkning i lys av konteksten

Konvensjonens ord og uttrykk skal videre leses i sin kontekst eller sammenheng («in their context»), jf. art. 31 nr. 1. Sammenhengen der bestemmelsen fremgår kan gi en veiledning om hva partene har ment med de ord og uttrykk som er benyttet i konvensjonen. Konteksten omfatter for det første traktatteksten, inkludert fortalen og vedleggene, jf. Wien-konvensjonen art. 31 nr. 2. For det andre omfattes eventuelle avtaler eller instrumenter tilknyttet konvensjonen, jf. art. 31 nr. 2 bokstav a og b.

Flyktningkonvensjonens øvrige bestemmelser kan kaste lys over spørsmålet om flyktningdefinisjonen i art. 1 A (2) må ansees å omfatte subjektiv *sur place* og eventuelt misbrukstilfellene. I flyktningkonvensjonen art. 1 C-F er det oppstilt noen unntak fra flyktningstatus for personer som i utgangspunktet oppfyller vilkårene i art. 1 A (2). Dersom asylsøkeren omfattes av disse unntaksbestemmelsene utelukkes (ekskluderes) vedkommende fra flyktningstatus og har ikke krav på beskyttelse etter konvensjonen.

Unntakene i FK art. 1 C-E retter seg mot ulike typer av tilfeller der asylsøkeren av nærmere bestemte grunner ikke lenger har behov for beskyttelse i søkerlandet. Vedkommende har for eksempel frivillig ha reist tilbake til hjemlandet eller til et tredje land. Eller han eller hun nyter beskyttelse eller bistand fra andre FN-organer eller -institusjoner enn FNs

⁹⁷ HR-2017-569-A (avsnitt 45), jf. Rt. 2012 s. 494 (avsnitt 36).

Høykommissær for flyktninger (UNHCR). Videre kan vedkommende ha fått de rettigheter og plikter som knytter seg til statsborgerskap i det landet han eller hun har bosatt seg.

I FK art. 1 F er det oppstilt unntak fra flyktningstatus for tilfeller der det er alvorlig grunn til å anta at asylsøkeren har begått nærmere oppregnede alvorlige handlinger. Den første gruppen handlinger unntaket gjelder er forbrytelser mot freden eller menneskeheten, krigsforbrytelser og folkemord, jf. bokstav a. Videre retter unntaket seg mot alvorlige ikke-politiske forbrytelser søkeren antas å ha begått etter at han eller hun forlot hjemlandet, men før han eller hun ankom søkerlandet, jf. bokstav b. Til slutt omfattes handlinger som strider mot FNs formål og prinsipper, jf. bokstav c.

I tillegg til unntakene fra flyktningstatus i art. 1 C-F, er det i art. 33 nr. 2 angitt et unntak fra vernet mot utsendelse («non-refoulement») i art. 33 nr. 1. Vernet kan ikke påberopes av en flyktning som med rimelig grunn kan ansees som en fare for søkerlandets sikkerhet, eller som utgjør en fare for samfunnet i landet fordi han eller hun har fått endelig dom for en særlig alvorlig forbrytelse.

Det at de nevnte unntakene retter seg mot andre typer situasjoner enn misbrukstilfeller, taler mot at det kan oppstilles et unntak i misbrukstilfeller. Eksklusjonsbestemmelsene i art. 1 C-E retter seg mot tilfeller der personen ikke lenger kan sies å ha samme behov for rettighetene i konvensjonen i søkerstaten fordi rettighetene allerede må ansees å være sikret på andre måter. Dette er ikke tilfellet ved subjektiv sur place, da det uansett er en forutsetning for flyktningstatus at det foreligger forfølgelsesfare.

Utelukkelse etter art. 1 F og art. 33 nr. 2 på sin side retter seg mot mer alvorlige forhold enn sur place-handlinger foretatt med misbrukshensikt. Formålet med flyktningkonvensjonen er å gi beskyttelse til personer som står i fare for å bli utsatt for forfølgelse. Det ville derfor virke støtende både mot konvensjonens formål, allmennheten og mer «verdige» flyktninger dersom mennesker som har begått nettopp slike handlinger skulle få vern etter konvensjonen.

De samme hensyn gjør seg ikke like sterkt gjeldende i misbrukstilfeller ved subjektiv sur place. Det kan riktignok anføres at det vil virke støtende for mer genuine flyktninger, dersom personer som i utgangspunktet ikke er utsatt for forfølgelsesfare, kan utløse slik fare med hensikt og dermed bli anerkjent som flyktninger. Dette argumentet er likevel ikke like tungtveiende som de som taler mot å innvilge flyktningstatus til for eksempel krigsforbrytere.

Det at det er oppstilt egne unntaksbestemmelser i art. 1 C-F for personer som i utgangspunktet faller innenfor ordlyden i art. 1 A (2), taler videre for at det også burde fremgå direkte av konvensjonsteksten dersom det skulle kunne gjøres unntak fra flyktningstatus ved subjektiv sur place generelt eller eventuelt ved misbrukstilfeller.

Unntaket i art. 1 F bokstav b retter seg dessuten spesifikt mot handlinger foretatt utenfor hjemlandet, subjektiv sur place. Det at det er funnet nødvendig å oppstille særskilte unntaksbestemmelser for eksklusjon fra flyktningstatus for bestemte typer subjektiv sur place, taler sterkt for at subjektiv sur place *generelt* kan danne grunnlag for flyktningstatus etter art. 1 A (2). Unntaket i art. 1 F bokstav b bygger nettopp på en forutsetning om at subjektiv sur place *normalt* danner grunnlag for flyktningstatus. Hvis ikke ville unntaksbestemmelsen vært overflødig.

På den andre side kan det at det er oppstilt egne unntaksbestemmelser ikke være til hinder for at art. 1 A (2) tolkes slik at misbrukstilfellene ikke er omfattet av konvensjonen. I HR-2017-569-A (avsnitt 49) påpekte Høyesterett at de nevnte unntaksbestemmelsene regulerte tilfeller der asylsøkeren i utgangspunktet *var* omfattet av definisjonen i art. 1 A (2), men det var aktuelt å *ekskcludere* vedkommende fra flyktningstatus. Høyesterett kom til at misbrukstilfellene overhodet ikke var omfattet av definisjonen i art. 1 A (2), slik at det ikke var tale om opphør av flyktningstatus. Av denne grunn kunne ikke det at det var oppstilt egne unntaksbestemmelser være til hinder for at misbrukstilfellene ikke ble ansett å være omfattet av art. 1 A (2).

Til dette kommer at det ikke ble ansett nødvendig å oppstille et eget unntak for misbrukstilfeller ved vedtakelsen av konvensjonen, ettersom det opprinnelig gjaldt en tidsmessig begrensning for konvensjonen til beskyttelsesbehov som fulgte av begivenheter som fant sted før 1. januar 1951. Før 1951 var det ikke aktuelt å foreta seg handlinger med den hensikt å få flyktningstatus, fordi konvensjonen ikke fantes. Da konvensjonen ble forfattet var misbrukstilfeller ved subjektiv sur place derfor overhodet ikke aktuelt. I HR-2017-569-A (avsnitt 46) konkluderte Høyesterett med at det på dette grunnlag måtte antas at konvensjonstekstens opprinnelige ordlyd ikke omfattet misbrukstilfeller.

En tolkning av konvensjonens ordlyd sett i lys av konteksten gir grunnlag for å trekke slutninger i ulike retninger. Sammenhengen med art. 1 F bokstav b tyder klart på at subjektiv sur place normalt danner grunnlag for flyktningstatus. Det bør imidlertid legges avgjørende

vekt på at den opprinnelige tidsbegrensningen i art. 1 A (2) taler mot at misbrukstilfellene var ment å være omfattet av definisjonen. Denne begrensningen medførte at kontraktspartene ikke hadde noen oppfordring til å oppstille en egen unntaksbestemmelse for misbrukstilfellene. Det at det er oppstilt egne unntaksbestemmelser i andre tilfeller kan derfor ikke tillegges avgjørende vekt.

En tolkning i lys av konteksten trekker dermed sterkest i retning av at misbrukstilfellene ikke er omfattet av konvensjonsteksten, og at det er adgang til å oppstille en misbruksbestemmelse som den norske.

4.4.5 Tolkning i god tro

Traktater skal videre tolkes i god tro («in good faith»), jf. Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1. Dette prinsippet er også nedfelt i Wien-konvensjonen artikkel 26, som gir uttrykk for det alminnelige prinsippet om at traktatforpliktelser er bindende for partene og at partene er forpliktet til å anvende traktaten «in good faith». Begge disse bestemmelsene gir uttrykk for en lojalitetsplikt for de statene som er bundet av traktaten. Denne plikten innebærer at statene i den grad det er mulig, skal velge det tolkningsalternativ som stemmer best overens med partenes felles intensjoner ved anvendelsen av konvensjonen.⁹⁸

I praksis fra enkelte stater og av enkelte teoretikere, er det hevdet at prinsippet om «good faith» medfører at en medlemsstat ikke kan være forpliktet til å innvilge flyktningstatus til en person som ikke er en «*bona fide* refugee», en flyktning i god tro.⁹⁹ En tolkning som utelukker asylsøkere som har handlet med den hensikt å oppnå oppholdstillatelse fra flyktningstatus kan ha gode grunner for seg. Konvensjonen er ment å beskytte de som i utgangspunktet har et genuint behov for beskyttelse, ikke dem som skaper et beskyttelsesbehov kun med den hensikt å bli omfattet av konvensjonens flyktningbegrep.

På den andre siden er det påpekt av andre teoretikere at et slik unntak fra flyktningstatus på grunn av manglende god tro ikke er rettskildemessig forankret. Hathaway og Foster har anført at kravet om «good faith» i art. 31 nr. 1 retter seg mot *statene* som parter i konvensjonen og deres tolkning og anvendelse av den. Kravet retter seg derimot ikke mot *individene*, selv om

⁹⁸ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 89.

⁹⁹ Immigration Act 2009 (NZ), section 134(3) og Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law, Vol I Refugee Character*, Leiden 1966 s. 251-252.

det er disse som har rettigheter etter konvensjonen.¹⁰⁰ En slik forståelse harmonerer bedre med «good faith»-kravets plassering i Wien-konvensjonen kapittel 3, som gjelder statenes tolkning av traktater.

Et unntak i misbrukstilfeller basert på et krav om god tro for asylsøkeren, kan dermed vanskelig forankres i Wien-konvensjonen art. 31 nr. 1. Kravet om tolkning i god tro gir dermed ikke veiledning i spørsmålet om misbrukstilfellene er omfattet av flyktningdefinisjonen.

4.4.6 Forarbeider og historisk bakgrunn

Det følger av Wien-konvensjonen art. 32 at ved tolkningen av traktater kan det tas i betraktning «supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion». Konvensjonens forarbeider og den historiske bakgrunnen for konvensjonen er dermed relevante supplerende tolkningsfaktorer.

Oppregningen er imidlertid ikke uttømmende, så også andre supplerende tolkningsfaktorer kan tenkes, jf. begrepet «including». Det følger av begrepet «supplementary» at disse rettskildefaktorene ikke har like stor vekt som ordlyden, konteksten og formålet. Høyesterett har lagt til grunn at supplerende faktorer «vil ha begrenset plass ved tolkningen».¹⁰¹

De supplerende tolkningsfaktorene kan for det første benyttes for å bekrefte den betydningen av konvensjonsbestemmelsen som følger av tolkningen etter artikkel 31. For det andre kan de benyttes for å fastlegge betydningen av konvensjonsbestemmelsen hvis tolkningen i henhold til artikkel 31 etterlater betydningen tvetydig eller uklar («ambiguous or obscure»), eller leder til et resultat som er åpenbart meningsløst eller urimelig («manifestly absurd or unreasonable»), jf. art. 32 bokstav a og b.

Det første spørsmålet blir om den historiske bakgrunnen for flyktningkonvensjonen kan gi noen bekreftelse eller avklaring angående spørsmålet om misbrukstilfellene er omfattet av konvensjonen. Bakgrunnen for konvensjonen var et ønske fra medlemsstatene om å revidere og konsolidere tidligere internasjonale avtaler vedrørende flyktnings status, jf.

¹⁰⁰ James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014, s. 87 med videre henvisninger til Penelope Mathew, *Limiting Good Faith, Bootstrapping asylum seekers and exclusion from refugee protection*, (2011) 29 *Australian Year Book of International Law*, s. 135-154 (på s. 135).

¹⁰¹ HR-2017-569-A (avsnitt 44).

konvensjonens fortale punkt 3. Den nye konvensjonen skulle utvide omfanget av beskyttelsen i forhold til det vernet som fulgte av tidligere avtaler.

En viktig forløper til flyktningkonvensjonen var Den internasjonale flyktningeorganisasjon (IRO), som ble etablert med grunnlag i FNs IRO-konstitusjon i 1946.¹⁰² IRO var datidens svar på FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR), og organisasjonen hadde som oppgave å imøtegå flyktningeproblematikken etter andre verdenskrig. Etter IRO-konstitusjonen var et av vilkårene for flyktningstatus at personen enten «has left» eller «is outside» hjemlandet.¹⁰³

Uttrykket «has left» rettet seg mot dem som hadde flyktet fra hjemlandet på grunn av fare for forfølgelse. Uttrykket «is outside» var derimot ment å omfatte dem som var blitt flyktninger *sur place*. IROs definisjon omfattet dermed både *sur place*-flyktninger og andre flyktninger.

Uttalelsene i flyktningkonvensjonens fortale punkt 3 om at meningen var å utvide omfanget av beskyttelsen fra det som fulgte av tidligere avtaler, tyder på at flyktninger *sur place* også er omfattet av flyktningkonvensjonen. Dette gjelder særlig fordi det nettopp er det begrepet som tidligere var ment å fange opp *sur place*-flyktninger («is outside») som er brukt i FK art. 1 A (2). Den historiske bakgrunnen tyder dermed på at *sur place* generelt er omfattet av definisjonen og kan gi grunnlag for flyktningstatus. Den gir imidlertid ingen veiledning angående spørsmålet om *subjektiv sur place* eller *misbrukstilfellene* er omfattet.

Neste spørsmål blir da om forarbeidene til flyktningkonvensjonen bidrar til noen avklaring av spørsmålet om *misbrukstilfellene* er omfattet av konvensjonen. Forarbeidene til flyktningkonvensjonen omfatter alle dokumenter som har hatt en formativ effekt på konvensjonens utforming.¹⁰⁴ Forarbeidene er derfor omfattende og i varierende grad tilgjengelige. Enkeltutsagn i forarbeidene til internasjonale konvensjoner er dessuten i flere tilfeller kun uttrykk for én eller noen få av konvensjonspartenes syn. Slike enkeltutsagn kan derfor ikke tas ut av sin kontekst og ansees som et bevis på hva *alle* partene har ment.

Misbrukstilfellene er ikke behandlet i forarbeidene til konvensjonen. Det er imidlertid flere eksempler på at *sur place generelt* er behandlet direkte eller indirekte ved utformingen av flyktningdefinisjonen i FK art. 1 A (2).

¹⁰² United Nations, Constitution of the International Refugee Organization, Geneva 15 December 1946.

¹⁰³ IRO-konstitusjonen art. 1, jf. «Annex I», del I seksjon A, nr. 1 bokstav b og nr. 2 bokstav b.

¹⁰⁴ Andreas Zimmermann (red.), The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary, Oxford 2011 s. 99 med videre henvisninger.

I startfasen av arbeidet med flyktningkonvensjonen, utarbeidet FNs Generalsekretær et notat til komitéen som var særskilt nedsatt for å utrede konvensjonen (the Ad Hoc Committee). Generalsekretæren la til grunn at det ved utarbeidelsen av en ny flyktningdefinisjon kunne tas utgangspunkt i IROs flyktningbegrep, og at dette kunne forenkles uten å innskrenke anvendelsesområdet.¹⁰⁵

Spørsmålet om hvordan flyktningbegrepet skulle utformes ble deretter behandlet av Ad Hoc-komitéen. I sitt forslag til flyktningdefinisjon i sluttrapporten av 17. februar 1950 sidestilte komitéen, på samme måte som IRO, alternativene «has left» og «is outside».¹⁰⁶ Fra Ad-Hoc-komitéens behandling finnes det også visse enkeltutsagn som indikerer at det var meningen at også flyktninger sur place skulle være omfattet av definisjonen. Frankrikes representant uttalte at flyktningdefinisjonen ikke bare burde omfatte de som hadde forlatt hjemlandet på grunn av forfølgelse, men også dem som «had already been outside their country before the persecution began and were unable to return for fear of persecution.»¹⁰⁷

Også det etterfølgende tekstforslaget fra FNs økonomiske og sosiale råd (ECOSOC) hadde en lignende formulering som ad hoc-komitéens forslag. I forslaget ble personer som «has had to leave» hjemlandet på grunn av frykt for forfølgelse sidestilt med de som «remains outside» hjemlandet på grunn av slik frykt.¹⁰⁸

Ved revisjonen av konvensjonsforslaget i Generalforsamlingens Tredje Komité ble uttrykket «[h]as left» uttatt.¹⁰⁹ Dette må være begrunnet med at uttrykket «is outside» språklig sett kan dekke begge kategorier.¹¹⁰ Dersom det var ment at uttrykket «is outside» skulle bety noe annet og snevrere enn etter IRO-konstitusjonens definisjon, burde dette fremgått av forarbeidene. Spesielt gjelder dette når formålet med flyktningkonvensjonen nettopp var å

¹⁰⁵ UN Doc. E/AC.32/2, Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General, 3 January 1950 s. 17.

¹⁰⁶ UN Doc. E/1618; E/AC.35/5, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *Report*, 17 February 1950, art. 1 A nr. 1 bokstav b.

¹⁰⁷ UN Doc. E/AC.32/SR.17, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *17th Meeting*, 6 February 1950 s. 3 (para 6) Rain (Frankrike).

¹⁰⁸ UN Doc. E/RES/319 (XI), The Economic and Social Council (ECOSOC), *Resolution 319 (XI): Refugees and stateless persons*, 16 August 1950, Draft Convention relating to the Status of Refugees, «Definition of the Term Refugee» art. 1 A nr. 3.

¹⁰⁹ UN Doc. A/1682; A/RES/429(V), General Assembly, *Report of the Third Committee, 325th plenary meeting*, 14 December 1950, 12 December 1950, art. 1 A (2).

¹¹⁰ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 153.

utvide vernet sammenlignet med det som gjaldt etter eksisterende folkerett på området, og ikke å innskrenke det, jf. fortalet til flyktningkonvensjonen punkt 3.

Oppgaven med å slutføre konvensjonen var tildelt en særskilt konferanse bestående av representanter fra interesserte stater (Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons). Formuleringen «is outside» ble opprettholdt også i konferansens ferdige konvensjonstekst, den gjeldende flyktningkonvensjonen art. 1 A (2).

Sur place-problematikken ble i en viss utstrekning også drøftet særskilt av konferansen. Uttalelser fra Storbritannias representant viser at han forutsatte at flyktninger sur place ikke var omfattet av definisjonen.¹¹¹ Uttalelsene ble imidlertid imøtegått av den israelske representanten som, med støtte fra Sveriges representant, fremholdt at flyktninger sur place generelt måtte ansees å være omfattet av definisjonen.¹¹² Det britiske forslaget ble deretter antatt frafalt av komitéens leder, og forslaget ble senere ikke introdusert igjen.¹¹³

Tatt i betraktning den historiske bakgrunnen og de tidligere utkastene til konvensjonen, burde representantene på Konferansen ha gjort det klart dersom de nå mente at flyktninger sur place ikke var omfattet av definisjonen. Uttrykket «is outside» kunne for eksempel vært erstattet med «has left». Dette taler sterkt for at sur place generelt kan danne grunnlag for flyktningstatus. Forarbeidene gir imidlertid ikke holdepunkter for å avgjøre om subjektiv sur place og misbrukstilfellene er omfattet av konvensjonen.

Den historiske bakgrunnen til flyktningkonvensjonen og mangelen på motstridende holdepunkter i forarbeidene tyder på at konvensjonspartene mente at art. 1 A (2) i utgangspunktet skulle omfatte også flyktninger sur place. De gir derimot ingen holdepunkter for den ene eller den andre tolkningen i spørsmålet om subjektiv sur place kan medføre flyktningstatus, og heller ikke om det eventuelt kan gjøres unntak i misbrukstilfellene.

4.4.7 Statenes praksis

Det fremgår av Wien-konvensjonen art. 31 punkt 3 bokstav b at ved traktattolkning skal enhver etterfølgende praksis vedrørende anvendelsen av traktaten, som fastslår partenes

¹¹¹ UN Doc. A/CONF.2/SR.23, Conference of Plenipotentiaries, *23rd Meeting*, 26 November 1951, s. 9, Hoare (Storbritannia).

¹¹² UN Doc. A/CONF.2/SR.23, Conference of Plenipotentiaries, *23rd Meeting*, 26 November 1951, s. 9, Robinson (Israel), s. 10 Petren (Sverige).

¹¹³ UN Doc. A/CONF.2/SR.23, Conference of Plenipotentiaries, *23rd Meeting*, 26 November 1951, s. 10, Larsen (Danmark).

enighet («establishes the agreement») angående tolkningen, tas i betraktning. Traktatpartenes etterfølgende praktisering av flyktningbegrepet i nasjonal rett er følgelig relevant som en bekreftelse på hva traktatpartene har vært enige om at innholdet i traktatbestemmelsen skulle være. Med etterfølgende praksis menes i denne sammenheng nasjonal rett i vid betydning, både lovgivning og rettspraksis.¹¹⁴

Det fremgår også direkte av ICJs statutter art. 38 nr. 1 (d) at rettsavgjørelser, i den snevrere betydningen rettspraksis, er relevante subsidiære rettskildedefaktorer («subsidiary means for the determination of rules of law»). Den subsidiære karakteren til rettsavgjørelser understrekes videre ved at det henvises til ICJs statutter art. 59, der det slås fast at domstolens avgjørelser kun er *direkte* bindende mellom partene i saken. Både avgjørelser fra internasjonale domstoler som Den internasjonale domstolen (ICJ) og Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og avgjørelser av nasjonale domstoler er omfattet av art. 38.1 (d).¹¹⁵

Et sentralt spørsmål er hvor omfattende og entydig praksisen blant medlemsstatene må være for å fastslå at det faktisk foreligger enighet om tolkningen blant statene, slik at praksisen er relevant etter ICJ-statuttene art. 38 nr. 1 (d) og Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav b. Einarsen har uttalt at det må kreves en «påviselig, *klart fremherskende praksis* uten at det motsatt foreligger spesielle indikasjoner på relevante avvik» (original utheving).¹¹⁶

Dersom statspraksis ikke oppfyller disse strenge kravene, er den likevel ikke uten betydning. Som nevnt i kapittel 4.4.6 ovenfor kan det etter Wien-konvensjonen art. 32 tas i betraktning ulike supplerende tolkningsfaktorer ved tolkningen av konvensjonen. Einarsen fremholder at også en «rimelig konsistent nasjonal praksis blant et betydelig antall medlemsstater» kan tas i betraktning som supplerende tolkningselement etter art. 32.¹¹⁷ Vekten av slik praksis kan variere etter hvilken instans som står bak avgjørelsen og hvilket land praksisen stammer fra.

Medlemsstatenes praksis vedrørende misbrukstilfeller og subjektiv *sur place* generelt er sprikende. Noen stater har misbruksbegrensninger som ligner den norske, som New Zealand og Tyskland.¹¹⁸ Andre stater gir flyktningstatus ved subjektiv *sur place* også hvis det

¹¹⁴ Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, A Commentary, Oxford 2011 s. 96.

¹¹⁵ Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011, s. 78.

¹¹⁶ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 70.

¹¹⁷ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 70.

¹¹⁸ (New Zealand) Immigration Act 2009 (NZ), section 134(3) og (Tyskland) Bundesverwaltungsgerichts avgjørelse fra 18. desember 2008, BVerwG 10 C 27.07.

foreligger misbruk, men åpner for en strengere bedømmelse av forfølgelsesrisikoen dersom det foreligger misbrukshensikt. Dette gjelder for eksempel Storbritannia og Sverige.¹¹⁹

Høyesterett ser i HR-2017-569-A (avsnitt 62) ut til å forutsette at det kan legges mindre vekt på avgjørelser fra stater der valget står mellom anerkjennelse av flyktningstatus og retur til forfølgelse. Retten viste til den britiske Danian-dommen (1999), der den britiske domstolen kom til at misbruk ikke var til hinder for flyktningstatus.¹²⁰ Norsk Høyesterett understreker at «[a]lternativet i den saken var imidlertid at personen ble sendt hjem til mulig forfølgelse – det var ikke som i vår sak gitt beskyttelse mot retur».

Også Storbritannia er riktignok folkerettslig forpliktet til ikke å returnere mennesker til tortur, eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff etter blant annet EMK art. 3. Vernet etter utlendingsloven § 73 rekker imidlertid noe lengre enn dette vernet, så det kunne i utgangspunktet vært legitimt å tillegge dette momentet en viss betydning.

Flyktningkonvensjonen oppstiller imidlertid minstestandarder for medlemsstatene. Dersom en person oppfyller vilkårene for flyktningstatus, *skal* vedkommende anerkjennes som flyktning. Flyktningstatus kan ikke nektes på den bakgrunn at mange av de viktigste rettighetene som tilkommer flyktninger, for eksempel vernet mot utsendelse, også tilstås andre enn flyktninger etter nasjonal rett. Dette ville representert en omgåelse av konvensjonen.

Ettersom medlemsstatenes praksis vedrørende misbrukstilfellene og subjektiv sur place generelt er så vidt sprikende, kan den ikke tjene som bevis for hva alle eller mange av konvensjonspartene har ment. Praksisen gir derfor ingen holdepunkter for å tolke flyktningdefinisjonen på den ene eller andre måten.¹²¹

4.4.8 Praksis og rettsoppfatninger ved internasjonale organer

Praksis og rettsoppfatninger ved internasjonale organer kan også få betydning ved tolkningen av internasjonale konvensjoner. Det fremgår av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 2 bokstav b at alle instrumenter opprettet i medhold av konvensjonen, som er akseptert av partene som tilhørende traktaten, er relevante som en del av konvensjonens kontekst i tolkningen av

¹¹⁹ (Storbritannia) UK Court of Appeal, 28 October 1999, Danian v. Secretary of State for the Home Department EWCA Civ 3000 og (Sverige) Regjeringens proposition 2009/10:31– Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylproceduredirektivet, side 131.

¹²⁰ (Storbritannia) UK Court of Appeal, 28 October 1999, Danian v. Secretary of State for the Home Department EWCA Civ 3000.

¹²¹ HR-2017-569-A (avsnitt 61).

konvensjonen. Praksis ved internasjonale organer er videre relevant fordi den kan ansees som en supplerende tolkningsfaktor ved traktattolkning, jf. Wien-konvensjonen art. 32.

I tilknytning til noen internasjonale konvensjoner er det opprettet overnasjonale domstoler som avgjør innholdet i konvensjonen med bindende virkning for statene. Relevansen av vedtak fra slike organer har indirekte sitt grunnlag i art. 38 nr. 1 (a), ettersom organene er opprettet med grunnlag i internasjonale konvensjoner.¹²² Praksis fra slike organer er derfor normalt en rettskildefaktor med betydelig vekt ved tolkningen av konvensjonene de er opprettet med grunnlag i.

Det finnes imidlertid også organer som ikke har kompetanse til å treffe avgjørelser med bindende virkning for medlemsstatene, men som bare kan treffe ikke-bindende vedtak. Også slike organer er opprettet i medhold av konvensjoner og deres praksis er derfor ikke uten betydning. Slike rådgivende eller oppfordrende anbefalinger (rekommandasjoner) til statene er imidlertid ikke rettslig bindende og har ikke like stor vekt som bindende avgjørelser. Slike uttalelser kan likevel ha til dels stor praktisk betydning, særlig på områder hvor det ikke finnes noen overnasjonal domstol eller noe annet organ som avgjør spørsmål tilknyttet konvensjonen med bindende virkning.

Det klart viktigste internasjonale organet på flyktningrettens område er FNs Høykommissær for flyktninger, United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR). Organet ble opprettet av FNs Generalforsamling i 1951¹²³ og har derfor opparbeidet særlig kunnskap om flyktningkonvensjonen over lang tid. UNHCR er i medhold av flyktningkonvensjonen art. 35 nr. 1 gitt kompetanse til å veilede medlemstatene i tolkningen og anvendelsen av konvensjonen.

Det finnes ikke noen internasjonal domstol eller komité som kan avgjøre individklager over staters manglende etterlevelse av konvensjonen med bindende virkning for medlemsstatene. En medlemsstat kan riktignok reise sak mot en annen ved Den internasjonale domstol i Haag (ICJ) hvis det er uenighet om tolkningen eller anvendelsen av konvensjonen, jf. flyktningkonvensjonen art. 38. Dette har imidlertid så langt ikke skjedd.¹²⁴ På grunn av

¹²² Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave, Oslo 2011 s. 71.

¹²³ United Nations General Assembly, *Resolution 319 (IV) Refugees and stateless persons*, 3. December 1949, A nr. 1.

¹²⁴ Øyvind Dybvik Øyen (red.), *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 35.

mangelen av bindende avgjørelser på området, blir UNHCRs rådgivende anbefalinger spesielt viktige på flyktningrettens område.

Det viktigste dokumentet vedrørende flyktningdefinisjonen er UNHCRs Håndbok om Prosedyrer og kriterier for å fastsette Flyktnings Rettsstilling (Håndboken).¹²⁵ I tillegg til Håndboken kommer UNHCRs mer detaljerte utfyllende tolkningsuttalelser, for eksempel Guidelines on International Protection, og en rekke landsspesifikke anbefalinger.

Sur place er behandlet i Håndboken punkt 94-96. I punkt 94 slås det generelt fast at beskyttelsesbehov kan oppstå etter at asylsøkeren har forlatt hjemlandet, og at asylsøkeren da er en flyktning «sur place». Det fremgår av punkt 96 at også beskyttelsesbehov som følger av asylsøkerens egne handlinger etter at han eller hun forlot hjemlandet, subjektiv sur place, kan medføre flyktningstatus. Om asylsøkerens handlinger gir grunnlag for en velgrunnet frykt for forfølgelse, beror på «a careful examination of the circumstances», og det må spesielt tas i betraktning om handlingene kan ha blitt kjent for myndighetene i hjemlandet og hvordan handlingene vil bli ansett av myndighetene, jf. punkt 96. Det åpnes ikke for noen unntak fra flyktningstatus i misbrukstilfeller, men misbruk er heller ikke særskilt nevnt av UNHCR i Håndboken.

UNHCR har imidlertid avgitt en uttalelse vedrørende EUs regler om subjektiv sur place. I EUs statusdirektiv ¹²⁶ art. 5 nr. 3 åpnes det for at medlemsstatene kan gjøre unntak fra flyktningstatus ved subjektiv sur place uten å komme i konflikt med flyktningkonvensjonen («[w]ithout prejudice to the Geneva Convention»). Bestemmelsen behandles nærmere i kapittel 4.4.10 nedenfor.

I sin kommentar til art. 5 nr. 3 anerkjenner UNHCR at det i saker hvor asylsøkeren utfører handlinger utelukkende i den hensikt å «fabrikkere» et asylgrunnlag er en utfordring for statene å vurdere legitimiteten av slike søknader, og er enig i at slik praksis bør frarådes. UNHCR fremholder imidlertid at det ikke er noen logisk eller empirisk sammenheng mellom hvor velgrunnet frykten for forfølgelse er, og det at personen har handlet på en måte som er ment å skape et grunnlag for flyktningstatus. Flyktningkonvensjonen inneholder ingen

¹²⁵ United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Geneva 1992, versjon fra 2011.

¹²⁶ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 (EUs statusdirektiv).

bestemmelser som verken eksplisitt eller implisitt unntar flyktninger sur place fra konvensjonens beskyttelse.¹²⁷

UNHCR uttaler videre at de vanskelige bevis- og troverdighetsspørsmålene i slike saker bør bli møtt med passende troverdighetsvurderinger i tilknytning til om vilkårene for flyktningstatus i FK art. 1 A (2) er oppfylt. En slik analyse krever etter UNHCRs syn ingen vurderinger av om asylsøkeren handlet med ond vilje («bad faith»). Formuleringen «without prejudice to the Geneva Convention» i Statusdirektivet artikkel 5 nr. 3 nødvendiggjør etter UNHCRs syn en slik tilnærming.¹²⁸

UNHCR innga også et skriftlig innlegg i saken for Høyesterett i HR-2017-569-A. Også i dette innlegget fremholdt UNHCR, at medlemsstatene er forpliktet til å anerkjenne flyktningstatus hvis vilkårene for flyktningstatus etter konvensjonen er oppfylt, uavhengig av om asylsøkerens handlinger sur place er foretatt med hovedsakelig formål å oppnå oppholdstillatelse.¹²⁹ Videre uttaler UNHCR at misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd er i strid med flyktningkonvensjonen, da bestemmelsen går ut over en rimelig tolkning av flyktningdefinisjonen og strider mot konvensjonens formål, da den oppstiller ytterligere kriterier til de som fremgår av FK art 1 A (2).¹³⁰

Både UNHCRs generelle uttalelser i Håndboken punkt 96, uttalelsene vedrørende Statusdirektivet art. 5 nr. 3 og uttalelsene i saken for Høyesterett tilsier at subjektiv sur place kan danne grunnlag for flyktningstatus og at det ikke er rom for unntak i misbrukstilfeller. Slike saker bør, etter UNHCRs syn, bli møtt med grundige vurderinger av risikoen for forfølgelse og av asylsøkerens troverdighet.

4.4.9 Juridisk litteratur

Rettsoppfatninger i juridisk litteratur har relevans ved tolkningen av flyktningkonvensjonen som en supplerende eller subsidiær rettskildefaktor, jf. Wien-konvensjonen art. 32 og ICJs

¹²⁷ UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), 28 January 2005.

¹²⁸ UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), 28 January 2005.

¹²⁹ HR-2017-569-A (avsnitt 65), med henvisninger til UNHCRs innlegg av 14. februar 2017, avsnitt 53.

¹³⁰ HR-2017-569-A (avsnitt 65), med henvisninger til UNHCRs innlegg av 14. februar 2017, avsnitt 55.

statutter art. 38 nr. 1 bokstav d. Den supplerende karakteren oppfatninger i faglitteraturen er tillagt, medfører at de i utgangspunktet ikke har stor formell vekt. I praksis kan slike oppfatninger likevel få stor betydning for hvordan man tolker konvensjonen, hvis den rettslige argumentasjonen som ligger til grunn for standpunktene er overbevisende.

Både subjektiv *sur place* generelt og misbrukstilfeller er behandlet av flere anerkjente teoretikere. Det ser ut til å være enighet i juridisk teori om at subjektiv *sur place* generelt kan danne grunnlag for flyktningstatus.¹³¹

Grahl-Madsen legger til grunn at personer som foretar handlinger *sur place* som leder til forfølgelsesfare, enten ut fra genuine politiske motiver eller uforvarende eller uvillig (for eksempel som et resultat av provokasjon), kan anerkjennes som flyktninger. Han forutsetter imidlertid at personer som har foretatt handlinger utelukkende for («for the sole purpose of») å skape en velgrunnet frykt for forfølgelse, kan nektes slik anerkjennelse.¹³² Begrunnelsen er at de som faller innenfor den siste kategorien ikke kan påberope seg å være i god tro («in good faith»). Han ser dermed ut til å forutsette at prinsippet om tolkning i god tro innebærer at medlemsstatene ikke kan være forpliktet til å anerkjenne som flyktning noen som ikke er en genuin flyktning («a *bona fide* refugee»).¹³³

Einarsen åpner også for at FK art. 1 A (2) i visse tilfeller kan tolkes innskrenkende i misbrukstilfeller, av hensyn til å motvirke «rettsmisbruk». Det generelle prinsippet om at tvilen skal komme søkeren til gode innebærer i så fall at det må kunne sannsynliggjøres «ut over rimelig tvil» at asylsøkeren hadde misbrukshensikt.¹³⁴

Zimmermann viser til at den rådende oppfatning i juridisk teori er at det ikke er rom for misbruksbegrensninger på grunn av manglende «good faith», men inntar ikke selv noe uttrykkelig standpunkt.¹³⁵

¹³¹ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol 1 Refugee Character, Leiden 1966 s. 243, Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 275, Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, A Commentary, Oxford 2011 s. 332.

¹³² Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol 1 Refugee Character, Leiden 1966 s. 247-248.

¹³³ Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, Vol 1 Refugee Character, Leiden 1966 s. 252.

¹³⁴ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 610.

¹³⁵ Andreas Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, a Commentary, Oxford 2011 s. 334.

Hathaway og Foster konkluderer med at flyktningstatus ikke kan nektes ved subjektiv sur place, selv ikke dersom det foreligger misbruk. Med henvisning til Mathew, fremholder de at kravet om «good faith» retter seg mot *statene* som parter av konvensjonen, og ikke *individene* som har rettigheter etter denne.¹³⁶ De legger videre til grunn at det heller ikke er grunnlag for en strengere bevisvurdering, men at alle krav om flyktningstatus begrunnet i sur place-aktivitet skal bedømmes på samme måte som alle andre krav.¹³⁷

Hathaway og Foster legger til at det ikke er slik at hvem som helst kan bli en flyktning om vedkommende ønsker det.¹³⁸ Asylsøkeren råder nemlig ikke selv over hvordan han eller hun blir oppfattet av mulige forfølgere i hjemlandet. Det er bare asylsøkere som kommer fra stater som enten selv forfølger borgerne sine, eller ikke beskytter borgerne fra forfølgelse fra andre, som vil kunne fremprovosere en forfølgelsesfare ved sine egne handlinger. Asylsøkerens reelle behov for beskyttelse må derfor veie tyngre enn behovet for å motvirke misbruk.

De nevnte oppfatningene i juridisk teori bygger alle på at det som hovedregel skal anerkjennes flyktningstatus også ved subjektiv sur place. Hathaway og Foster er helt avvisende til unntak også i misbrukstilfeller. Grahl-Madsen og Einarsen tar til orde for at misbruk kan begrunne unntak, men legger tilsynelatende til grunn at det kreves *bevist ut over rimelig tvil* at søkerens *eneste formål* med handlingene, har vært å få opphold. Dette er et snevrere unntak enn den norske bestemmelsen oppstiller, ettersom det etter denne kun kreves *sannsynlighetsovervekt* for at *det hovedsakelige formålet* har vært å få opphold.

Uttalelsene i juridisk teori taler dermed for at det enten ikke er adgang til å oppstille en misbruksbestemmelse som den i utlendingsloven overhodet, eller at det *er* rom for en slik bestemmelse, men at den norske bestemmelsen er for vidtrekkende og dermed i strid med konvensjonen.

4.4.10 Annen internasjonal rett

Det følger av Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav c at «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties» skal tas i betraktning ved tolkningen av traktater. Formuleringen «the parties» tyder på at *alle* partene av flyktningkonvensjonen må

¹³⁶ James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014 s. 87 med videre henvisninger til Penelope Mathew, *Limiting Good Faith, Bootstrapping asylum seekers and exclusion from refugee protection*, (2011) 29 *Australian Year Book of International Law*, s. 135-154 (på s. 135).

¹³⁷ James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014 s. 88.

¹³⁸ James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, Cambridge 2014 s. 89.

være bundet av en internasjonal regel dersom denne skal kunne anvendes på forholdet. Det er hevdet i juridisk teori, at det er tilstrekkelig at den aktuelle regelen har en tilsvarende bred internasjonal tilslutning som flyktningkonvensjonen, for at den kan ha interesse ved tolkningen av konvensjonen.¹³⁹

Slike konvensjoner vil typisk være menneskerettighetskonvensjonene, som har bred oppslutning blant flyktningkonvensjonens medlemsstater. EU-retten kan ikke sies å ha tilsvarende internasjonal tilslutning som flyktningkonvensjonen. EU-regler kan likevel være relevant som en supplerende tolkningsfaktor som har relevans etter Wien-konvensjonen art. 32. Misbruksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd er inspirert av EUs statusdirektiv fra 2004¹⁴⁰ art. 5 nr. 3.

I EUs statusdirektiv art. 5 nr. 2 slås det fast at en velbegrunnet frykt for forfølgelse kan ansees å foreligge i subjektive sur place-tilfeller og danne grunnlag for flyktningstatus. I direktivets art. 5 nr. 3 åpnes det imidlertid for at medlemsstatene uten å komme i konflikt med flyktningkonvensjonen («[w]ithout prejudice to the Geneva Convention») kan bestemme at en asylsøker som sender inn en etterfølgende asylsøknad normalt ikke skal anerkjennes som flyktning, hvis forfølgelsesrisikoen er basert på omstendigheter som asylsøkeren selv har skapt etter at han eller hun forlot hjemlandet.

EU-regelen er av EU selv forutsatt å være i samsvar med flyktningkonvensjonen. Dette fremgår forutsetningsvis av fortalen til direktivet. Av fortalens punkt 2 fremgår det at siktemålet med direktivet var å etablere et felles europeisk asylsystem «based on the full and inclusive application of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees».

Som nevnt i kapittel 4.4.8 ovenfor er bestemmelsen imidlertid blitt møtt av kritikk fra UNHCR. Etersom det er angitt i Statusdirektivet formålsbestemmelse i art. 2 (c) at EUs flyktningdefinisjon bygger på flyktningdefinisjonen i FK art.1 A (2), bør UNHCRs uttalelser kunne ha en viss betydning ved tolkningen av direktivet.

Direktivet er senere erstattet med statusdirektivet av 2011,¹⁴¹ men den nevnte bestemmelsen ble ikke endret. Det foreligger i dag et utkast til et nytt statusdirektiv som i skrivende stund

¹³⁹ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000 s. 77.

¹⁴⁰ Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 (EUs statusdirektiv).

¹⁴¹ Council Directive 2011/95/EU of 13 December 2011 (revidert statusdirektiv).

ikke er vedtatt.¹⁴² Det siste utkastet av 26. januar 2017 synes å legge opp til en lempeligere behandling av subjektiv sur place-tilfellene generelt, men en strengere behandling av misbrukstilfellene. Formuleringen om at medlemstatene kan («may») bestemme at subjektiv sur place normalt ikke skal danne grunnlag for flyktningstatus, er byttet ut med en formulering om at myndighetene normalt ikke skal («shall») gi internasjonal beskyttelse ved subjektiv sur place, dersom det eneste eller hovedsakelige formålet bak handlingene var å oppnå slik beskyttelse. Forbeholdet «Without prejudice to the Geneva Convention ...» er også uttatt, uten at dette kan påvirke EU-landenes forpliktelse til å etterleve flyktningkonvensjonen.

Ordlyden i det originale statusdirektivet og det at ordlyden ikke er vesentlig endret i de senere versjonene viser at EU har en klar forståelse av at det er adgang til å gjøre unntak fra flyktningstatus i misbrukstilfeller ved subjektiv sur place. Dette kan tas til inntekt for at det er betydelig oppslutning blant europeiske stater om den forståelsen at flyktningkonvensjonen åpner for en unntaksbestemmelse som den norske misbruksbestemmelsen.

4.5 Norsk rettspraksis

Norsk rettspraksis er en viktig rettskilde også når norske rettsanvendere skal ta stilling til innholdet i internasjonale bestemmelser. I HR-2017-569-A uttaler førstvoterende at selv om Wien-konvensjonens prinsipper ligger til grunn for tolkningen av flyktningkonvensjonen, må tidligere forståelse av spørsmålet i norsk rett være «en viktig rettskilde så fremt det ikke har kommet til noe nytt».¹⁴³

Den nevnte dommen er den første avgjørelsen der Høyesterett behandler misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd. Retten kom i denne saken til at det var «nærliggende å forstå bestemmelsen slik at den ikke omfatter [tilfelle der forfølgelsesgrunnlaget skyldes handlinger i utlandet som hovedsakelig er foretatt for å oppnå asyl]».¹⁴⁴

¹⁴² Council of the European Union, Proposal, Brussels 26 January 2017 (5402/17), (Euoparådets forslag til nytt statusdirektiv).

¹⁴³ HR-2017-569-A (avsnitt 50).

¹⁴⁴ HR-2017-569-A (avsnitt 45).

Det finnes også rettspraksis etter tidligere lovgivning, som kan være relevant for å klarlegge norsk Høyesteretts syn på subjektiv sur place og misbrukstilfellene. Høyesterett viste i den ovennevnte saken til at det i eldre rettspraksis ble lagt til grunn at myndighetene ikke var forpliktet til å la subjektiv sur place danne grunnlag for flyktningstatus, verken generelt eller i misbrukstilfeller.¹⁴⁵ Høyesterett la til at spørsmålet var om det hadde skjedd noe i ettertid, som gjorde at denne forståelsen ikke kunne opprettholdes.¹⁴⁶

Norsk rettspraksis taler dermed entydig for at misbruksbestemmelsen ikke er i strid med flyktningkonvensjonen. Eldre rettspraksis taler også imot at subjektiv sur place overhodet kan danne grunnlag for flyktningstatus etter konvensjonen.

4.6 Betydningen av klar lovgivervilje

Et aktuelt spørsmål i tolkningen av misbruksbestemmelsen er om det kan tillegges vekt at bestemmelsen bygger på en klarlovgivervilje. I HR-2017-569-A (avsnitt 55) viser Høyesterett til at misbruksbestemmelsen fra lovgivers side var både ønsket og overveid og at bestemmelsen heller ikke reiser tolkningstvil. Retten la til grunn at dette har betydning ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen i utl. § 3, og viste til uttalelser i avgjørelsen inntatt i HR-2017-241-A (avsnitt 17) til støtte for dette.

Den nevnte avgjørelsen gjaldt forholdet mellom en bestemmelse i lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) og en bestemmelse i FNs konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). SP er inkorporert og gitt forrang gjennom lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 3, jf. § 2 nr. 3. Retten la til grunn at det ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen måtte vektlegges at den norske bestemmelsen «ikke reiser tolkningstvil, samtidig som den bygger på en klar og sterk lovgivervilje» og at det også kunne ha betydning at «lovgiver ikke synes å ha ansett forholdet til SP artikkel 14 nr. 5 som problematisk», jf. avsnitt 17.

Også misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd er klar og reiser ingen tolkningstvil. Den bygger videre på en sterk lovgivervilje. Uttalelsene i forarbeidene vedrørende misbruksbestemmelsen viser at lovgiver var klar over forholdet til folkeretten og UNHCRs

¹⁴⁵ HR-2017-569-A (avsnitt 52 flg.), med henvisninger til Abdi-dommen inntatt i Rt. 1991 s. 586.

¹⁴⁶ HR-2017-569-A (avsnitt 53).

standpunkt, men at lovgiver må ha lagt til grunn at det var adgang til å oppstille en misbruksbestemmelse uten at dette var i strid med flyktningkonvensjonen.¹⁴⁷

Mot å tillegge dette argumentet avgjørende vekt kan det anføres at lovgiver ikke kan ha ment å gi en bestemmelse som er i strid med flyktningkonvensjonen. De detaljerte bestemmelsene i utlendingsloven om hvem som faller inn under flyktningkonvensjonens flyktningbegrep var ment å skape større klarhet omkring flyktningbegrepets innhold.¹⁴⁸ Formålet med bestemmelsene i lovens kap. 4 har ikke vært å innskrenke vernet etter folkeretten, men å gi asyl samme utstrekning som de internasjonale rettsgrunnlagene gir beskyttelse.¹⁴⁹ Det følger også av utlendingslovens formålsparagraf at et av formålene med loven har vært å gi vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter folkeretten, jf. utl. § 1 tredje ledd.

Bestemmelsen i utl. § 3 må nettopp være ment som en sikkerhetsventil for å tilsidesette norske bestemmelser hvis disse må ansees å være i strid med flyktningkonvensjonen. At misbruksbestemmelsen bygger på en klar lovgivervilje kan derfor ikke forsvare det å anvende misbruksbestemmelsen i strid med flyktningkonvensjonen og dermed utl. § 3. Det at bestemmelsen bygger på en klar lovgivervilje viser likevel at også norsk lovgiver etter en grundig vurdering har kommet frem til at det er adgang til å oppstille en misbruksbestemmelse. Dette er et moment som taler for at det er forsvarlig å tolke flyktningkonvensjonen slik at den åpner for unntak.

Det at misbruksbestemmelsen bygger på en klar lovgivervilje viser at lovgiver har ment at bestemmelsen er i samsvar med konvensjonen og at det derfor var adgang til å oppstille en slik bestemmelse. Dette kan tillegges en viss vekt i tolkningen av misbruksbestemmelsen og flyktningkonvensjonen.

4.7 Reelle hensyn

Når norske rettsanvendere skal ta stilling til anvendelsen av en folkerettslig regel i tolkningen av en norsk bestemmelse, må reelle hensyn ha relevans som ellers i norsk rett. Hvilken vekt hensynene kan tillegges kan imidlertid være forskjellig fra løsningen av rent norske rettslige

¹⁴⁷ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 100 flg.

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 15.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 72-74 og Innst. O. nr. 42 (2007-2008), s. 18.

problemstillinger. De grunnleggende reelle hensynene som må veies opp mot hverandre er hensynet til å gi vern mot forfølgelse for dem som har behov for dette, og hensynet til statens behov for å motvirke misbruk av asylinstituttet fra mennesker som i utgangspunktet ikke har behov for beskyttelse.

Hensynet til å motvirke misbruk hadde i noen grad blitt ivaretatt hvis misbrukshensikten bare hadde blitt vektlagt i risiko- og troverdighetsvurderingen, slik UNHCR legger opp til. Det kan være vanskelig å fremkalle en forfølgelsesfare i hjemlandet ved å utføre handlinger i utlandet. Asylsøkeren har ikke selv kontroll over hvordan han eller hun oppfattes av mulige forfølgere og det er ikke gitt at handlinger vedkommende foretar seg med den hensikt å fremkalle et beskyttelsesbehov faktisk blir oppdaget av mulige forfølgere eller fremkaller en forfølgelsesfare. Ved nøye vurderinger av risikoen, vil en del misbrukstilfeller ikke bli ansett å ha medført en forfølgelsesfare.

Misbruksfaren blir imidlertid ikke fullt ut avverget ved risiko- og troverdighetsvurderinger. Det er fullt mulig for en asylsøker å foreta slike handlinger at han eller hun klarer å provosere frem en reell forfølgelsesfare. Særlig gjelder dette fordi det på grunn av den teknologiske utviklingen, er blitt enklere å bli lagt merke til av mulige forfølgere i hjemlandet, for eksempel ved opptreden i media eller på internett. Også om mulige forfølgere forstår at handlingene er motivert av et ønske om opphold, kan handlingene i seg selv virke så provoserende de utløser fare for forfølgelse.

Hensynet til at de som har behov for beskyttelse skal få vern, tilsier imidlertid at det stilles strenge krav til bevis for at det faktisk foreligger misbruk før flyktningstatus kan nektes. Dersom beviskravene ikke er strenge, risikerer man at mennesker som kun utøver sine fundamentale menneskerettigheter nektes den flyktningstatusen de har krav på. Tatt i betraktning den posisjon menneskerettighetene har fått nasjonalt og internasjonalt i dag, bør dette hensynet veie tungt i vurderingen.

Reelle hensyn taler dermed for at det bør være rom for en misbruksbestemmelse, men at bestemmelsen anvendes med forsiktighet, slik at genuin utøvelse av fundamentale menneskerettigheter ikke rammes av bestemmelsen.

4.8 Oppsummering og konklusjon

Drøftelsen ovenfor har vist hvilke slutninger som kan trekkes fra de enkelte rettskildefaktorene i spørsmålet om flyktningkonvensjonen åpner for unntak fra flyktningstatus i misbrukstilfeller. Neste spørsmål er dermed hvordan de enkelte slutningene skal veies opp mot hverandre og hvilket tolkningsresultat som er best forankret rettskildemessig. Det tilgjengelige rettskildematerialet taler sterkt for at subjektiv *sur place normalt* danner grunnlag for flyktningstatus. Spørsmålet er dermed om det gjelder et unntak for misbrukstilfellene.

En naturlig språklig forståelse av konvensjonens ordlyd lest i god tro ga ikke sterke holdepunkter for hvorvidt flyktningstatus skal anerkjennes eller ikke i misbrukstilfellene. Statspraksis er sprikende, og kan ikke tas til inntekt for noen spesiell tolkning. Den historiske bakgrunnen til flyktningkonvensjonen og mangelen på motstridende holdepunkter i forarbeidene, tyder på at konvensjonen i utgangspunktet var ment å omfatte også flyktninger *sur place*, men gir ingen holdepunkter for å fastslå at *subjektiv sur place* eller misbrukstilfellene er omfattet.

Bestemmelsens historiske bakgrunn og kontekst kan tas til inntekt for at det er rom for unntak i misbrukstilfeller, særlig ettersom misbrukstilfellene overhodet ikke var aktuelle etter den opprinnelige konvensjonsteksten. Formålene bak konvensjonen taler også for at det kan gjøres unntak i misbrukstilfellene, men at unntaket bør begrenses til de klare misbrukstilfellene. Dette kan tale for at den norske misbruksbestemmelsen bør tolkes innskrenkende, slik at det kreves noe mer enn sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med handlingene har vært å få opphold, for å nekte flyktningstatus.

Oppfatningene i juridisk litteratur er delte. Noen legger til grunn at det ikke er rom for unntak i misbrukstilfeller, og dermed forutsetningsvis at den norske misbruksbestemmelsen er i strid med konvensjonen. De fleste teoretikerne åpner imidlertid for et visst rom for unntak i misbrukstilfeller, men i noe mindre grad enn den norske bestemmelsen åpner for. Tatt i betraktning den supplerende karakteren juridisk litteratur har etter ICJs statutter art. 38 nr. 1 (d) og Wien-konvensjonen art. 32, er det grunn til ikke å tillegge slike oppfatninger avgjørende vekt dersom de ikke er klart forankret i mer tungtveiende rettskildefaktorer.

UNHCRs klare uttalelser taler imot at det kan gjøres unntak i misbrukstilfeller overhodet. Organets uttalelser er ikke rettslig bindende, men tatt i betraktning UNHCRs særlige

sakkyndighet på området og fraværet av en internasjonal domstol som kan treffe bindende avgjørelser, bør uttalelsene tillegges tilbørlig vekt ved tolkningen av flyktningkonvensjonen. Det fremgår også av forarbeidene til utlendingsloven og rettspraksis at det generelt sett er grunn til å tillegge UNHCRs synspunkter i flyktningsspørsmål stor vekt.¹⁵⁰

Det påpekes likevel i forarbeidene at UNHCRs anbefalinger ikke er bindende for norske myndigheter og at det derfor kan forekomme tilfeller hvor norsk praksis ikke er fullt ut i samsvar med UNHCRs anbefalinger om beskyttelse.¹⁵¹ Høyesterett fant i HR-2017-569-A at UNHCRs uttalelser i saken ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å veie opp for motstridende slutninger fra øvrige rettskilder. Retten viser i denne forbindelse også til at UNHCRs syn var kjent for norske myndigheter allerede da misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd ble vedtatt, uten at dette synet ble tillagt avgjørende betydning.¹⁵²

Høyesterett poengterer også at det fremgår av UNHCRs uttalelse at organets standpunkt særlig er begrunnet i vernet mot utsendelse.¹⁵³ Førstvoterende påpeker at spørsmålet i den foreliggende sak utelukkende var om asylsøkeren hadde krav på flyktningstatus, og at det ikke var nødvendig for retten å ta stilling til rekkevidden av «den mest sentrale bestemmelsen i flyktningkonvensjonen, artikkel 33 om vern mot utsendelse». ¹⁵⁴ Dette tyder på at Høyesterett finner at UNHCRs uttalelser ikke nødvendigvis må tillegges avgjørende vekt dersom det uansett ikke er aktuelt å returnere asylsøkeren til forfølgelse.

Reguleringen av misbrukstilfellene i EUs Statusdirektiv viser at EU deler norsk lovgivers og Høyesteretts oppfatning om at en misbruksbestemmelse ikke er i strid med flyktningkonvensjonen. Norge er ikke bundet av direktivet, da det ikke er en del av EØS-avtalen.¹⁵⁵ Direktivet har derfor i utgangspunktet liten rettskildemessig vekt i fastleggelsen av flyktningkonvensjonens flyktningbegrep. Direktivets formålsparagraf fastslår videre at direktivet bygger på flyktningkonvensjonen. Det at direktivet er utsatt for kritikk fra UNHCR, som har særlig kyndighet vedrørende tolkningen av konvensjonen, taler dermed ytterligere mot at direktivet tillegges særlig vekt i norsk rett.

¹⁵⁰ HR-2017-569-A (avsnitt 67), jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 73.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007), s. 73.

¹⁵² HR-2017-569-A (avsnitt 67), jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) kap. 5.5.5.

¹⁵³ HR-2017-569-A (avsnitt 68).

¹⁵⁴ HR-2017-569-A (avsnitt 68).

¹⁵⁵ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Korfu 24. juni 1992.

Den norske unntaksregelen er imidlertid utformet etter inspirasjon fra direktivet. Direktivet bør derfor likevel kunne tillegges en viss betydning i tolkningen av den norske bestemmelsen. At også EU har ment at et unntak i misbrukstilfeller er i samsvar med flyktningkonvensjonen, gir dessuten ekstra tyngde og legitimitet til en slik tolkning. Til dette kommer at Høyesterett i praksis ser ut til å tillegge EUs forståelse i spørsmålet forholdsvis betydelig vekt.¹⁵⁶

Den samme forståelsen ble også lagt til grunn av lovgiver, som klart må ha forutsatt at misbruksbestemmelsen var i samsvar med konvensjonen. Det at bestemmelsen bygger på en klar lovgivervilje og ikke reiser tolkningstvil må tillegges en viss vekt i tolkningen av konvensjonen.

Også reelle hensyn taler for å tillate en misbruksbestemmelse. Høyesterett har lagt vekt på at «det å gi flyktningstatus i misbrukstilfellene, vil kunne undergrave asylinstituttets legitimitet og effektivitet og kunne oppleves urettferdig for flyktninger med et genuint beskyttelsesbehov».¹⁵⁷ Hensynet til å gi beskyttelse til dem som behøver det, taler likevel mot at bestemmelsen anvendes for strengt.

Norsk høyesterettspraksis taler også entydig mot at misbruksbestemmelsen er i strid med flyktningkonvensjonen. I praksis etter tidligere lovgivning har Høyesterett lagt til grunn at Norge ikke er forpliktet etter konvensjonen til å anerkjenne flyktningstatus ved subjektiv sur place overhodet, med et mulig unntak for bro-tilfellene. Med den nye loven ble vernet utvidet til å gjelde subjektiv sur place generelt, men misbrukstilfellene er fortsatt ikke omfattet.

Høyesteretts avgjørelse i HR-2017-569-A ga en viktig avklaring av forholdet mellom flyktningkonvensjonen art. 1 A (2) og misbruksbestemmelsen i utl. § 28 fjerde ledd. Høyesterett konkluderer eksplisitt med at misbruksbestemmelsen ikke er i strid med flyktningkonvensjonen, fordi konvensjonen overhodet ikke omfatter misbrukstilfellene. Dommen er enstemmig avsagt, noe som gjør at avgjørelsen har vesentlig vekt ved løsningen av lignende saker i fremtiden.

Høyesterett la tilsynelatende stor vekt på EUs og norske myndigheters tolkning av konvensjonen, og tilsvarende mindre vekt på klare uttalelser fra anerkjente juridiske teoretikere på området og UNHCR. Som det fortløpende er vist til i den overstående

¹⁵⁶ HR-2017-569-A (avsnitt 60, jf. avsnitt 56-59 og 64).

¹⁵⁷ HR-2017-569-A (avsnitt 69).

drøftelsen, er det mulig å argumentere for en annen løsning enn den Høyesterett kom til dersom andre rettskildefaktorer tillegges mer vekt. Det følger imidlertid av Grunnloven § 88 første ledd at Høyesterett dømmer i siste instans. For norsk retts vedkommende utgjør Høyesteretts avgjørelse dermed den øverste rettskildefaktor.

Avgjørelsen gir følgelig uttrykk for gjeldende rett på området i dag. For norsk retts vedkommende, må det derfor legges til grunn at misbruksbestemmelsen er i samsvar med flyktningkonvensjonen inntil det eventuelt blir avsagt motstridende avgjørelser i Høyesterett eller lovgiver vedtar motstridende bestemmelser i fremtiden.

Forkortelser

Art.	Artikkel
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
EMD	Den europeiske menneskerettighetsdomstol
FK	Flyktningkonvensjonen
ICJ	Den internasjonale domstol i Haag
Innst. O.	Innstilling til Odelstinget
NOU	Norges offentlige utredninger
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon
Rt.	Norsk Retstidende (juridisk publikasjon utgitt frem til og med 2015)
SP	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
UDI	Utlendingsdirektoratet
Uf.	Forskrift 15. oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)
UNE	Utlendingsnemnda
UNHCR	FNs Høykommissær for flyktninger
Utl.	Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, utl.)

Referanseliste

Litteratur

Arnesen, Finn og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode*, 1. utgave (Oslo 2009).

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

Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in international Law: Volume I – Refugee Character* (Leiden 1966).

Hathaway, James C. og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status* (Cambridge 2014).

Mathew, Penelope, *Limiting Good Faith, Bootstrapping asylum seekers and exclusion from refugee protection*, (2011) 29 *Australian Year Book of International Law*, s. 135-154. Tilgjengelig på

<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2010/5.html> (lest 17.04.2017).

Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 4. utgave (Oslo 2011).

Vevstad, Vigdis (red.), *Utlendingsloven: Kommentarutgave*, 1. utgave (Oslo 2010).

Zimmermann, Andreas (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: a Commentary* (Oxford 2011).

Øyen, Øyvind Dybvik (red.), *Lærebok i utlendingsrett* (Oslo 2013).

Lovgivning og forskrifter

Lovgivning

Kongeriket Norges Grunnlov av 17. mai 1814.

Lov 27. juli 1956 om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven av 1956). [opphevet]

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven 1988). [opphevet]

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

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringsloven).

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

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

Forskrifter

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

Forskrift 26. februar 2016 nr. 205 om tildeling av utdanningsstøtte for undervisningsåret 2016-2017.

Norsk rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1991 s. 586 (Abdi-dommen)

Rt. 2012 s. 494

Rt. 2015 s. 1388

HR-2016-1051-A

HR-2017-241-A

HR-2017-569-A

Lagmannsrett

LB-2013-163116

LB-2014-89067

LB-2014-075959

LB-2015-82716

LB-2015-156827

Lovforarbeider

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

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

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

Prop. 141 L (2010-2011) Endringer i utlendingsloven m.m.

Forvaltningspraksis

Utlendingsnemnda, Praksisnotat av 23.06.2016: Sur place: Unntak i misbrukstilfeller, tilgjengelig på <http://www.une.no/no/Praksis2/Notater/Sur-place-Unntak-i-misbrukstilfeller/> (lest 17.04.2017).

Utlendingsdirektoratet, Asylsøknader etter statsborgerskap og år (2007-2014), <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-og-ar-2007-2014/> (lest 12.04.2017).

Utlendingsdirektoratet, Asylsøknader etter statsborgerskap, aldersgruppe og kjønn (2015), <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-aldersgruppe-og-kjonn/> (lest 12.04.2017).

Utlendingsdirektoratet, Asylsøknader etter statsborgerskap, aldersgruppe og kjønn (2016), <https://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-aldersgruppe-og-kjonn-2016/> (lest 12.04.2017).

Utlendingsnemnda, Praksisnotat av 8. april 2013: Seksuell orientering (homofili) som asylgrunn. Tilgjengelig på http://www.une.no/Documents/Languages/09-00496-4%20Praksisnotat%20homofili,%20uten%20fotnoter.docx%20263049_1_1.pdf, (lest 17.04.2017).

Internasjonale konvensjoner

United Nations, Statute of the International Court of Justice (ICJ), New York 24 October 1945 (ICJ-statuttene)

United Nations, Constitution of the International Refugee Organization, Geneva 15 December 1946 (IRO-konstitusjonen)

United Nations, Universal Declaration of Human Rights, Paris 10 December 1948 (FNs verdenserklæring om menneskerettighetene, menneskerettighetserklæringen)

Council of Europe, Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Rome 4 November 1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, EMK)

United Nations, Convention relating to the Status of Refugees, Geneva 28 July 1951 (Flyktningkonvensjonen, FK)

United Nations, International Covenant on Civil and Political Rights, New York 16 December 1966 (FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, SP)

United Nations, Protocol relating to the Status of Refugees, New York 31 January 1967 (Flyktningprotokollen)

United Nations, Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna 23 May 1969 (Wien-konvensjonen om traktatretten)

United Nations, Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York 10 December 1984 (FNs tortur-konvensjon, TK)

Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Korfu 24. juni 1992 (EØS-avtalen)

Flyktningkonvensjonens forarbeider

UN Doc. E/AC.32/2, Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General*, 3 January 1950, (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3ae68c280.html>, lest 17.04.2017).

UN Doc. E/AC.32/SR.2, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the Second Meeting*, 26 January 1950 (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/40aa1a4f4.html>, lest 11.04.2017)

UN Doc. E/AC.32/SR.5, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the Fifth Meeting*, 30 January 1950 (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/40aa1a4f4.html>, lest 11.04.2017).

UN Doc. E/AC.32/SR.17, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, *First Session: Summary Record of the 17th Meeting*, 6 February 1950 (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3ae68c1810.html>, lest 11.04.2017).

UN Doc. E/1618; E/AC.35/5, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Persons, *Report of the Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Persons*, 17 February 1950 (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/40aa15374.html>, lest 11.04.2017).

UN Doc. E/RES/319 (XI), The Economic and Social Council (ECOSOC), *Resolution 319 (XI): Refugees and stateless persons*, 16 August 1950, (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3ae69efd2.html>, lest 17.04.2017).

UN Doc. A/1682; A/RES/429(V), General Assembly, *Report of the Third Committee*, 325th plenary meeting, 14 December 1950 (Tilgjengelig på [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/429\(V\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/429(V)), lest 20.04.2017).

UN Doc. A/CONF.2/SR.23, Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, *Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-third Meeting*, 26 November 1951 (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3ae68cda10.html>, lest 11.04.2017).

FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, Geneva 1992 («Håndboken»), Ny utgave fra desember 2011. (Tilgjengelig på <http://www.unhcr.org/publications/legal/3d58e13b4/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html>, lest 12.04.2017).

UNHCR, Interpreting Article 1 of the Convention Relating to the Status of Refugees, April 2001. (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3b20a3914.html>, lest 12.04.2017)

UNHCR, Guidelines on International Protection: «Membership of a particular social group» within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 May 2002. (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/3d36f23f4.html>, lest 12.04.2017)

UNHCR, Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1 A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28 April 2004. (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/4090f9794.html>, lest 12.04.2017)

UNHCR, Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted (OJ L 304/12 of 30.9.2004), 28 January 2005. (Tilgjengelig på <http://www.refworld.org/docid/4200d8354.html>, lest 12.04.2017)

UNHCR Statistics, The World in Numbers:
http://popstats.unhcr.org/en/overview#_ga=1.132808205.2071279112.1485434313
(lest 14.03.2017).

United Nations General Assembly, Resolution 319 (IV) Refugees and stateless persons, 3. December 1949 (Tilgjengelig på <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/051/38/IMG/NR005138.pdf?OpenElement>).

EU-kilder og andre utenlandske kilder

Council of the European Union, Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 *on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted* (EUs Statusdirektiv) (Tilgjengelig på <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0083&qid=1492446148800&from=en>, lest 17.04.2017).

Council of the European Union, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted and amending Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents*, Brussels 26 January 2017 (5402/17), (Europarådets forslag til nytt statusdirektiv) (Tilgjengelig på <http://www.statewatch.org/news/2017/jan/eu-council-qualifications-int-prot-5402-17.pdf>, lest 17.04.2017).

(Storbritannia) UK Court of Appeal, 28 October 1999, *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 3000 (Danian-dommen), (Tilgjengelig på <http://www.asylumlawdatabase.eu/sites/www.asylumlawdatabase.eu/files/aldfiles/Danian%20Judgment.pdf>, lest 17.04.2017).

(New Zealand) Immigration Act 2009 (NZ) (Tilgjengelig på <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2009/0051/latest/DLM1440303.html>, lest 17.04.2017).

(Sverige) Regjeringens proposition 2009/10:31– Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylproceduredirektivet, (Tilgjengelig på <https://data.riksdagen.se/fil/57A5ABA8-9A09-4FF0-9781-4B5CD331DF8E>, lest 17.04.2017).

(Tyskland) Bundesverwaltungsgericht, 18. desember 2008, BVerwG 10 C 27.07

(Tilgjengelig på <http://www.bverwg.de/entscheidungen/pdf/181208U10C27.07.0.pdf>,
lest 17.04.2017).