

Forholdet mellom misbruksklausulen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd annet punktum og flyktningskonvensjonen art 1A

- *Om hjemmelsgrunnlaget i folkeretten og anvendelsen av misbruksklausulen i norsk utlendingspraksis.*

Kandidatnummer: 36

Antall ord: 14940



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	4
1.1 Utlendingsloven § 28 fjerde ledd	4
1.2 Nærmere om oppgavens problemstillinger	5
1.3 Oppgavens aktualitet	6
1.3.1 Statens handlingsrom og departementets instruksjonsmyndighet	7
1.4 Metode.....	8
1.5 Avgrensning mot EMK	10
2. Del I a: Om utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonen art. 1A - rettskildekontekst	10
2.1 Rettskildekontekst – sektormonisme jf. utl § 3	10
2.1.1 Betydningen av forarbeider og lovgiverviljen.....	12
2.1.2 Oppsummert om rettskildekonteksten	14
3. Del I b: Om utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonen art 1 A – en redegjørelse av HR-2017-569-A	16
3.1 Bakgrunn	16
3.2 Tidligere rettspraksis	16
3.3 Utlendingslovens forarbeider	17
3.4 EUs statusdirektiv.....	17
3.5 Andre lands rettspraksis og regelverk	17
3.6 UNHCRs partsuttalelse	18
3.7 Hvilken rettskildeverdi har en partsuttalelse fra UNHCR.....	19
3.7.1 Generelt om FN-komiteers rettskildemessige vekt	19
3.7.2 Særlig om UNHCRs uttalelser	22
3.7.3 Nærmere om bruken av partsuttalelsen i HR-2017-569-A i lys av foreliggende rettskilder	24
3.7.4 Oppsummert om UNHCRs partsuttalelses rettskildemessige vekt	26
3.8 Dommens praktiske konsekvens	27
4. Del II: Norsk retts tilnærming vs. UNHCRs tilnærming. Har tilnæringsmåten til misbrukstilfellene betydning for resultatet	28
4.1 Metode.....	28

4.1.1 Metodiske utfordringer.....	28
4.1.2 UNEs praksis – bakgrunnen for utvalget.....	29
4.2 Utlendingsloven § 28 – vurderingen av søkerens handlinger.....	29
4.3 Norsk retts tilnærming til misbruk contra UNHCRs tilnærming til misbruk	30
4.3.1 Om norsk retts tilnærming.....	30
4.3.2 Om UNHCRs tilnærming	31
4.4 Retts- og forvaltningspraksis.....	32
4.4.1 Når aktiviteten øker i synlighet eller omfang	33
4.4.2 Særlig om etiopiske asylsøkere	35
4.4.3 Unntak på tross av reell overbevisning.....	36
4.4.4 Oppsummert om de to tilnæringsmåtene til misbrukstilfeller	41
5. Oppsummering	41
Litteratur mv.	44

1. Innledning

1.1 Utlendingsloven § 28 fjerde ledd

Utlendingsloven (utl)¹ § 28 regulerer hvem som har rett til beskyttelse (asyl) etter norsk rett. Av bestemmelsens første ledd fremgår det at man skal anerkjennes som flyktning dersom man har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på bakgrunn av eksempelvis religion, nasjonalitet, hudfarge eller politisk oppfatning, eller dersom det er fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig behandling ved retur.² Dette er utgangspunktet for å få innvilget asylstatus, og normalt oppstår forfølgelsesfaren mens vedkommende søker oppholder seg i sitt hjemland.

I utl § 28 fjerde ledd første punktum reguleres tilfeller hvor forfølgelsesrisikoen har oppstått når vedkommende befinner seg utenfor hjemlandet, og som en følge av vedkommendes egne handlinger;

”Søkeren skal som hovedregel anerkjennes som flyktning etter første ledd også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger.”

Dette omtales som flyktningstatus ved *subjektiv sur place*, og innebærer at man også får innvilget flyktningstatus dersom beskyttelsesbehovet har oppstått mens søkeren er i Norge, og på bakgrunn av handlinger vedkommende har utført. Dersom søkerens aktiviteter i Norge fører til at vedkommende har krav på beskyttelse etter bestemmelsens første ledd, så har man i utgangspunktet krav på flyktningstatus etter utl § 28 fjerde ledd.

Bestemmelsen ble inntatt i loven i forbindelse med en lovrevisjon i 2008, og ble ansett å innebære en utvidelse av rettstilstanden på området.³ Frem til lovendringen i 2008 hadde man kun anerkjent flyktningstatus i tilfeller der forfølgelsesrisikoen oppstår på bakgrunn av forhold i hjemlandet, som er utenfor søkerens kontroll.⁴ Dette omtales som *objektiv sur place*.

¹ Lov 31. 03. 2008 nr. 35

² Se utl § 28 første ledd bokstav a og b.

³ Se NOU 2004: 20 punkt 6.9.4

⁴ I rt. 1991 s. 586 (Abdi-dommen) var spørsmålet om en utlending som har fått beskyttelsesbehov *sur place* på grunn av vedkommendes egne handlinger, skal ha krav på anerkjennelse som flyktning. Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle etter verken norsk rett eller flyktningkonvensjonen.

Da man vedtok å anerkjenne flyktningstatus også på bakgrunn av søkerens egne handlinger, mente departementet at en bestemmelse som ga oppholdstillatelse uten forbehold, ville kunne føre til at søkere begynte å utføre handlinger med sikte på å få opphold, og dermed til misbruk av asylinstituttet.⁵ Det ble derfor innført en klausul i bestemmelsens annet punktum:

”Ved 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”.

Dette unntaket skulle sikre at flyktningstatus kun innvilges personer med et reelt beskyttelsesbehov.⁶ Dersom det ”fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse”, har man likevel ikke krav på flyktningstatus selv om man oppfyller vilkårene i § 28 (1). Dette unntaket, og dets tolkning og praktisering, er tema for oppgaven.

1.2 Nærmere om oppgavens problemstillinger

Norsk utlendingsrett er bundet av folkerettslige regler som er til gunst for individet jf. utl § 3, herunder også flyktningkonvensjonen. I flyktningkonvensjonen art. 1 A defineres hvem som skal betegnes som flyktning etter folkeretten. Utlendingsloven § 28 første ledd er en forkortet gjengivelse av flyktningkonvensjonen art. 1A, og er ment å være innholdsmessig lik.⁷ En misbruksklausul tilsvarende utl § 28 fjerde ledd annet punktum fremgår derimot ikke av konvensjonens ordlyd.

Forholdet mellom den norske misbruksklausulen og flyktningkonvensjonen reiser to hovedproblemstillinger som det skal gjøres rede for i oppgavens del I og II.

I del I skal det gjøres rede for om og i hvilken grad utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonens art 1A. Spørsmålet ble tatt opp i HR 2017-569-A. I vurderingen av hjemmelsspørsmålet står rettskildeperspektivet sentralt, og del 1 er derfor delt inn i to punkter. I oppgavens del I a skal det redegjøres for den rettskildemessige konteksten oppgavens tema befinner seg i, og i del I b skal det foretas en gjennomgang av dommen i HR-2017-569-A.⁸ Hjemmelsspørsmålet beror på en avveining av nasjonale og internasjonale

⁵ Se Ot.Prp. nr. 75 (2006-2007) s. 101

⁶ *Ibid*

⁷ Se Ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 414.

⁸ Se henholdsvis s. 9 flg for del 1 a og s. 15 flg for del 1 b.

kilder som peker i ulike retninger, og hovedvekten i drøftelsen vil ligge på hvordan Høyesterett anvender en uttalelse fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR).

I oppgavens del II, omhandler problemstillingen hvordan misbruksklausulen anvendes i norsk retts- og forvaltningspraksis. Norsk lovgivning og UNHCR har ulik innfallsvinkel til hvordan misbrukstilfeller skal behandles.⁹ Det skal derfor gjøres rede for de ulike innfallsvinklene, og se hvordan disse slår ut i praksis. Her går en sentral del av oppgaven ut på å identifisere typetilfeller som favnes av bestemmelsen i norsk rett, og deretter se om sakenes utfall kunne blitt et annet dersom man heller la UNHCRS innfallsvinkel til grunn.

1.3 Oppgavens aktualitet

Utlendingsloven § 28 fjerde ledd annet punktum en eksklusjonsbestemmelse. Det vil si at den kan unnta personer fra flyktningstatus, og dette gjøres på bakgrunn av hvordan vedkommendes handlinger fremstår utad. Når man unntas fra flyktningstatus fratras man også de rettigheter denne statusen utløser. Bestemmelsen har derfor inngripende konsekvenser for personer som favnes av denne. UNE opplyser i et praksisnotat fra 2016 at de har truffet ”en rekke” vedtak hvor de anvender misbruksklausulen fordi de mener hovedformålet med handlingen har vært opportunistisk.¹⁰

Dersom man unntas fra flyktningstatus etter § 28 fjerde ledd, vil man ikke automatisk returneres til hjemlandet. Fordi det foreligger forfølgelsesrisiko vil man være vernet mot utsendelse etter § 73, og få midlertidig opphold etter henholdsvis §§ 38 eller 74.¹¹ Personer med flyktningstatus vil få rettigheter etter folketrygdløven § 2-13. Dette får man ikke med midlertidig opphold etter §§ 38 eller 74.¹² Ved utstrakt bruk av misbruksklausulen vil man potensielt skape en stor gruppe mennesker som havner på siden av det norske samfunnet. Man har ikke muligheter til å forlate Norge, og man må med jevne mellomrom fornye oppholdstillatelsen.¹³ Å leve i usikkerhet om når oppholdstillatelsen opphører er utvilsomt en

⁹ Etter Flyktningkonvensjonen art. 35 plikter UNHCR å føre tilsyn med anvendelsen av konvensjonen. I denne forbindelse har UNHCR utstedt flere uttalelser som sier hvordan konvensjonen må tolkes i misbrukstilfeller, som avviker fra innfallsvinkelen som anvendes i norsk praksis. Se nærmere redegjørelse for innfallsvinklene i punkt 3.3.

¹⁰ Se praksisnotat 23.06.2016. Innhentet fra <http://www.une.no/no/Praksis2/Notater/Sur-place-Unntak-i-misbrukstilfeller/> den 20.04.2017. Pga etablering av nye nettsider hos UNE vil det samme praksisnotatet etter hvert bli å finne på nye nettsider, se <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/>

¹¹ Utl § 38 omhandler tilfeller hvor personer får midlertidig opphold på bakgrunn av sterke menneskelige hensyn, og her kan det dannes grunnlag for permanent oppholdstillatelse på sikt. Utl § 74 gir personer rett på midlertidig opphold frem til ”vernet mot utsendelse”, altså det som utgjør forfølgelsesrisikoen, bortfaller.

¹² Sammenliknet med utl § 74, som fratras søkeren rett til å besøke andre Schengenland, og som sier at det ”kan også fastsettes at tillatelsen ikke skal gi rett til å ta arbeid”.

¹³ Se utl §§ 60 og 61 om reglene for midlertidig opphold

psykisk belastning for enkeltpersoner. I et menneskelig, men også samfunnsøkonomisk perspektiv, er det viktig at flest mulig integreres og tar del i dagligliv og arbeidsliv så raskt som mulig. Med innvilget flyktningstatus vil man kunne begynne å etablere et liv uten frykt for å bli sendt tilbake. Den usikkerheten som §§ 38 og 74 gir, kan være vanskelig å leve normalt med for folk som har et reelt beskyttelsesbehov.

På bakgrunn av bestemmelsens inngripende karakter og hyppige anvendelse i praksis, må dens hjemmelsgrunnlag og rekkevidde etter folkeretten derfor gjøres nærmere rede for.

1.3.1 Statenes handlingsrom og departementets instruksjonsmyndighet

Diskusjoner om det statlige handlingsrommet i utlendingsretten danner et viktig bakteppe for oppgavens tema. Utlendingsrett og asylrett er eksempler på rettsområder som i stor grad er politisk styrt, og at hvem som sitter i regjering har stor betydning for hvordan politikken på området utformes. Diskusjonen om statenes handlingsrom går på hvorvidt våre folkerettslige forpliktelser setter grenser for vår nasjonale lovregulering på området, eller om vi står fritt til å vedta regler på bakgrunn av nasjonale hensyn og prioriteringer.¹⁴

Et eksempel på at utlendingsretten i stor grad er politisk styrt, er innstramningene i utlendingsloven som ble vedtatt høsten 2015. Innstramningene ble vedtatt for å signalisere utad at Norge utøver en streng asylpolitikk, slik at færre asylsøkere uten et reelt beskyttelsesbehov kommer hit.¹⁵

En av endringene som ble vedtatt, var at departementet fikk utvidet instruksjonsmyndighet ovenfor UNE.¹⁶ Departementet kan nå instruere om hvordan blant annet utl § 28 fjerde ledd skal tolkes. Det kan ikke instrueres om utfallet i enkeltsaker, men om hvordan bestemmelsen skal brukes generelt - herunder både i henhold til lovtolkning og skjønnsutøvelse.

Departementet kan dermed styre UNEs anvendelse av bestemmelsen i stor grad, og er således et godt eksempel på at den norske staten innrømmer seg selv et vidt handlingsrom i fastleggingen av reglene på utlendingsrettens område.

¹⁴ Se rt. 1991 s. 586 på s. 594-594, Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Oslo 2000, s. 77, og Vigdis Vevstad *Utlendingsloven*, Oslo 2010, s. 185-197 for nærmere synspunkter og redegjørelser for diskusjonen om statenes handlingsrom.

¹⁵ Se Prop.16 L (2015-2016), særlig på s. 6

¹⁶ *Ibid* punkt 4.

Ved å utvide instruksjonsmyndigheten går departementet langt i å gi seg selv styringsrett på bekostning av UNE som forvaltningsorgan.¹⁷ Departementet gis anledning til å bestemme hvordan lovens regler skal anvendes i praksis, noe som medfører at selve lovtolkningen hovedsakelig vil bli politisk styrt. Dette gjør igjen at det oppstår metodiske problemstillinger på både nasjonalt og internasjonalt nivå. På internasjonalt nivå har vi forpliktet oss til å følge flyktningkonvensjonen. Vi kan dermed ikke tolke og anvende bestemmelsen helt fritt, men må holde oss til de folkerettslige rammene som fremgår av konvensjonen. På nasjonalt nivå kan det være problematisk at departementet kan overstyre et i utgangspunktet uavhengig forvaltningsorgan. Selve formålet med UNE er at det skal fattes politisk uavhengige avgjørelser på bakgrunn av gjeldende norsk lovgivning. Denne uavhengigheten vil viskes ut dersom departementet kan overstyre lovanvendelsen.

På grunn av oppgavens omfang avgrenses det mot videre å gå inn på ulike meninger og synspunkter i diskusjonen om statenes handlingsrom, og hva konsekvensen av den utvidede instruksjonsretten vil kunne bli i praksis. Årsaken til at det likevel nevnes, er å vise at utlendingsretten er politisk styrt, og at hvordan vi forholder oss til våre internasjonale forpliktelser er avhengig av hvordan vi vektlegger nasjonale prioriteringer og hensyn.

1.4 Metode

Ved fortolkningen av utl § 28 fjerde ledd, anvendes alminnelige nasjonale prinsipper for juridisk metode.¹⁸ Når derimot flyktningkonvensjonen art. 1A skal tolkes og anvendes i norsk rett, må dette gjøres på bakgrunn av internasjonale prinsipper for traktattolkning. Her er det følgelig tale om to ulike metodiske tilnærminger. Hvilke prinsipper som gjelder for internasjonale konvensjoner og regelverk, skiller seg i en viss grad fra vår nasjonale juridiske metode.

Utgangspunktet for tolkning og anvendelse av en konvensjonsbestemmelse i norsk rett, er at denne må tolkes etter de internasjonale normer som gjelder for den bestemte konvensjonen.¹⁹ Prinsipper for traktattolkning fremgår av Wien-konvensjonen (WK) art. 31-33. Norge har ikke ratifisert WK, men det er sikker rett at tolkningsprinsippene som fremgår av denne skal

¹⁷ At UNE er et uavhengig organ fremgår av utl § 77. I Prop 16 L punkt 4.7 begrunner departementet instruksjonsmyndigheten, men mener det ikke har betydning for UNEs uavhengighet.

¹⁸ Som basert på et tradisjonelt, domstolsorientert rettskildesyn jf. i Torstein Echoff, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 s. 15, 17 og 20-21.

¹⁹ Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. 2. utgave, Oslo 2009, s. 23

anvendes i norsk rett.²⁰ I en rekke saker har Høyesterett vist til WK art. 31-33 som folkerettslig sedvanerett, og at det er denne som skal legges til grunn ved tolkning av flyktningkonvensjonen.²¹

Hovedregelen om traktattolkning er nedfelt i WK art. 31. Her fremgår det at en traktat skal 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 for tolkningen av flyktningkonvensjonen er følgelig at det er dens ordlyd, konteksten den inngår i, og formålet med konvensjonen som danner utgangspunktet. Konvensjonens forarbeider er en tolkningsfaktor som kan gi informasjon om partenes intensjoner og felles vilje, men de har begrenset rettskildemessig vekt.²² Forarbeidene vil ofte være preget av ulike uttalelser som underbygger enkeltstaters synspunkter og interesser, og det er den endelige traktatteksten statene har sluttet seg til, ikke forarbeidene. Derfor må disse anvendes med forsiktighet som rettskilde.

Hva gjelder håndheving av konvensjonens regler, har man ikke noe individklageorgan som avgjør saker mot statene etter flyktningkonvensjonen. Saker kan tas til domstolen i Haag jf. konvensjonens art. 38, men her er det bare stater som kan være parter. Det har ennå ikke skjedd at en stat går til sak mot en annen stat på bakgrunn av manglende overholdelse av flyktningkonvensjonen.²³ Derfor er det heller ingen praksis fra domstolen som angir hvordan flyktningbegrepet skal tolkes.

Derimot fremgår det av flyktningkonvensjonen art. 35 at UNHCR skal veilede statene i gjennomføringen av konvensjonen. UNHCR har på bakgrunn av dette gitt en rekke uttalelser som skal hjelpe statene i konvensjonstolkningen. På dette punktet skiller norsk og folkerettslig juridisk metode seg fra hverandre, og dette utgjør en viktig bakgrunn for oppgavens problemstillinger. I norsk rett har høyesterettspraksis tung rettskildeverdi når det gjelder fastleggningen av rettsreglers innhold. Til sammenlikning er UNHCR et veiledende og rådgivende organ, hvis rettskildeverdi er mer uklar. I gjennomgangen av HR-2017-569-A i del I, gjøres det grundig rede for hvilken rettskildeverdi UNHCRs uttalelser må anses å ha i det konkrete sakstilfellet, og i lys av andre foreliggende rettskilder.²⁴

²⁰ Arnesen/Stenvik, s. 25-26

²¹ Se bl.a. Rt. 2010 s. 858 avsnitt 38, rt. 2012 s. 139 avsnitt 38, rt. 2012 s. 494 avsnitt 33

²² Se WK art. 32

²³ Øyvind Dybvik Øyen, *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013 s. 35

²⁴ Se punkt 3.7 flg.

1.5 Avgrensning mot EMK

Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen (EMK) danner viktige rammer for norsk utlendingsrett. Rettigheter som ytringsfrihet, religionsfrihet, forsamlingsfrihet og vern mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling, er universelle rettigheter som har stor betydning for praktiseringen av norsk utlendingsrett. Et eksempel på dette er EMK art. 3, som knesetter et absolutt forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette vernet kommer til uttrykk i utl § 28 første ledd bokstav b, hvor det fremgår at en person skal anerkjennes som flyktning dersom det er "reell fare" for slik behandling ved retur. Slik setter EMK skranker på utlendingsrettens område. På grunn av omfanget vil oppgaven avgrensnes mot å gå nærmere inn på forholdet til menneskerettighetene.

2. Del I a: Om utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonen art. 1A - rettskildekontekst

Spørsmålet det skal redegjøres for del I a og b, er om misbruksklausulen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd annet punktum, er i tråd med flyktningdefinisjonen i flyktningkonvensjonens artikkel 1A. Redegjørelsen baserer seg på Høyesteretts dom i HR-2017-569-A, hvor retten svarte bekreftende på spørsmålet. Før det går inn på dommen, må det redegjøres for den rettskildemessige konteksten utlendingsretten befinner seg i. Som nevnt innledningsvis er norsk utlendingsrett bundet av folkeretten jf. utl § 3. Det skal derfor først gjøres rede for forholdet mellom norsk rett og folkeretten, herunder hvordan flyktningkonvensjonen og dennes rettskilder anvendes i en norsk kontekst.

2.1 Rettskildekontekst – sektormonisme jf. utl § 3

Norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp, som innebærer at internasjonal rett må gjennomføres i nasjonal rett for å ha virkning, slik at internasjonale regler må vike for nasjonale bestemmelser dersom det er motstrid.²⁵ Dette er et utgangspunkt som må modereres ettersom folkeretten i stort omfang er gjennomført i nasjonal rett. Et eksempel på dette er utlendingsloven § 3.

Etter utl § 3 skal loven "anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling". Dette medfører at anvendelsen av nasjonale regler på utlendingsrettens område kan begrenses med hjemmel i folkeretten, og det

²⁵ Vevstad s. 41

er dette som i teorien omtales som sektormonisme.²⁶ Bestemmelsen sikter etter sin ordlyd til regler som har som hensikt å innrømme individet et spesielt vern eller spesielle rettigheter. Typisk vil dette være regler som fremgår av flyktningkonvensjonen og EMK.²⁷ Internasjonale regler skal ifølge forarbeidene benyttes til ”tolkning og utfylling av loven, til erstatning for eller med gjennomslagskraft overfor lovbestemmelser som eventuelt går i motsatt retning”.²⁸

Bestemmelsen innebærer kun at visse kollisjonsnormer reguleres, og ikke at en inkorporert konvensjon har trinnhøyde over andre lover og automatisk går foran. En fortrinnsbestemmelse kan således fravikes ved en senere lovbestemmelse, dersom lovgiver ønsker dette.²⁹ Et viktig hensyn når man fastlegger om forrangsregelen i utl § 3 kommer til anvendelse er således om lovgiver har ment å fravike den internasjonale regelen.

Til sammenlikning har det i menneskerettsloven (mrl) blitt inntatt en forrangsregel som likner utl § 3. Denne sier at ”[b]estemmelser i konvensjoner og protokoller som nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”. Dette er en litt annen måte å gjennomføre internasjonale forpliktelser på. Bestemmelsen innebærer at konvensjonene som er nevnt i lovens § 2, skal anvendes fullt ut hvis det oppstår normkollisjon.³⁰ Dersom en norsk og en folkerettslig regel ikke lar seg forene gjennom harmoniserende tolkning men derimot gir ulike resultater, kommer mrl § 2 jf. § 3 til anvendelse, og den folkerettslige regelen får forrang.

Utlendingsloven og menneskerettsloven gjennomfører internasjonale forpliktelser ved henholdsvis sektormonisme og en regel om forrang, men det kan spørres om dette teoretiske skillet har noen særlig betydning i praksis. Flyktningkonvensjonen er ikke inntatt som en av de nevnte konvensjoner i mrl § 2, og dette medfører at den *ikke* gjelder direkte som norsk lov. Det vil si at den i utgangspunktet har svakere gjennomslagskraft enn eksempelvis barnekonvensjonen og kvinnekonvensjonen.³¹ Men dette er kun etter menneskerettsloven. Når vi befinner oss innenfor utlendingslovens område, så skal reglene som gir et sterkere vern gå foran nasjonal lovgivning. På dette punktet vil altså virkningen av forrangsregelen i menneskerettsloven og sektormonismen etter utlendingsloven være lik. Hva gjelder spørsmål om bestemmelsens anvendelsesområde vil følgelig være det samme for henholdsvis mrl § 3

²⁶ Arnesen/Stenvik s. 70

²⁷ Vevstad s. 42-43

²⁸ NOU 2004:20 s. 373, og Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 401.

²⁹ Arnesen/Stenvik s. 53-54

³⁰ *Ibid* s. 135

³¹ Jf. mrl § 2 nr 4 og 5.

og utl § 3. Det skal derfor ses hen til noen avgjørelser som gjelder menneskerettsloven, men synspunktene som gjør seg gjeldende her har overføringsverdi for når utl § 3 kommer til anvendelse.

2.1.1 Betydningen av forarbeider og lovgiverviljen

Hvorvidt lovgiver har ment å fravike den internasjonale regelen, beror i stor grad på en tolkning av forarbeidene til den aktuelle bestemmelsen. I rettspraksis har forarbeidene flere ganger blitt tolket slik at de gir uttrykk for en bestemt lovgivervilje, og deretter anvendt som argument i drøftelsen av hvorvidt den aktuelle forrangsregelen inntreffer eller ikke. I det følgende skal det gjøres rede for noen tilfeller fra rettspraksis.

Rt. 2005 s. 833

Hovedproblemstillingen i saken var om anvendelsen av den daværende straffeloven § 195 var i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 nr 2. Strl § 195 slo fast at villfarelse om barnets alder ikke fritar for straff for seksuell omgang med noen under 14 år. Høyesterett besvarte spørsmålet bekreftende.

I vurderingen ble det fastslått at den aktuelle bestemmelsen var nøye gjennomtenkt fra lovgivers side. Ordlyden var klar, og ga ikke grunnlag for tolkningstvil eller innskrenkende tolkning.³² Forholdet til EMK art. 6 nr 2 var ikke vurdert verken i forbindelse med lovrevisjoner eller i forbindelse med vedtakelse av ny straffelov.³³ For å fastlegge innholdet av bestemmelsen, foretok retten en selvstendig redegjørelse for innholdet, på bakgrunn av forrangsregelen i mrl § 3 – som også er utslag av en klar lovgivervilje.³⁴

Det ble foretatt en grundig redegjørelse for internasjonale rettskilder, særlig ved bruk av tidligere EMD-praksis.³⁵ Det fantes ikke EMD-praksis som gikk *direkte* på sakens problemstilling, men dette utelukket etter rettens syn *ikke* at bindende slutninger fra EMDs

³² Se avsnitt 39 og 46

³³ Se avsnitt 40

³⁴ Se avsnitt 42

³⁵ EMD-1983-10519, Application no. 10519/83, Salabiaku mot Frankrike, blir vist til som den sentrale dommen på området. Videre vises det til Pham Hoang mot Frankrike Application no. 13191/87, EMD-1987-13191, for å se på om EMk art. 6 nr 2 stiller krav til innholdet i materielle straffebestemmelser, og i tilfelle hvilke krav. Øvrige dommer som ble vist til er EMDs dommer av 23. juli 2002 i de svenske sakene om tilleggsskatt, Janosevic mot Sverige (Application no. 34619/97) (EMD-1997-34619) og Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige (Application no. 36985/97) (EMD-1997-36985).

praksis kunne trekkes i saken, ettersom årsaken til den manglende praksisen ble antatt å være at vi i Norge er alene om å ha en slik regel.³⁶

Konklusjonen i saken ble at det forelå motstrid mellom den norske og den folkerettslige bestemmelsen. Ettersom forholdet til EMK art. 6 nr 2 ikke var eksplisitt vurdert i forarbeidene, så ble dette tolket dit hen at forholdet ikke var vurdert. Derfor forelå det ingen klar lovgivervilje som tilsa at bestemmelsen var ment å innebære noe annet enn det som fremgår av folkeretten. På bakgrunn av dette ble derfor en klar lovtekst satt til side av Høyesterett, med hjemmel i mrl § 3. Internasjonale rettskilder og konvensjonens håndhevingsorgan ble anvendt som argument for å fravike en tilsynelatende klar og gjennomtenkt norsk lovtekst. Det sentrale i denne saken var nettopp det faktum at lovgiver ikke hadde vurdert forholdet til EMK. Derfor ble det opp til retten å avgjøre om det forelå motstrid, på bakgrunn av øvrige rettskilder.

HR-2017-241-A (Kristin)

Et av spørsmålene i denne saken var hvorvidt forrangsbestemmelsen i mrl § 3 kom til anvendelse slik at en folkerettslig regel måtte gå foran den nasjonale bestemmelsen. En mann ble frifunnet for et drap i 2003, men deretter dømt for det samme drapet i 2016. Saken ble gjenåpnet til hans ugunst på bakgrunn av nye DNA-bevis. Spørsmålet for Høyesterett var om en gjenåpningssak er en fortsettelse av den opprinnelige saken, eller om SP art. 14. nr. 5 krever full prøving i to instanser etter gjenåpning. Høyesterett kom til at dette ikke var tilfelle etter verken norsk rett eller folkeretten, slik at det ikke forelå motstrid.

Et av spørsmålene i saken var om forrangsbestemmelsen i mrl § 3 kom til anvendelse slik at SP art. 14 nr 5 måtte gå foran den norske bestemmelsen. Om dette uttalte ble det uttalt i avsnitt 17:

”Ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen har det vekt at § 400 som nevnt ikke reiser tolkningstvill, samtidig som den bygger på en klar og sterk lovgivervilje. Det kan her også ha betydning at lovgiver ikke synes å ha ansett forholdet til [SP art.ikkel 14](#) nr. 5 som problematisk”.

Av betydning for vurderingen var det følgelig at den nasjonale bestemmelsen ikke reiste tolkningstvill, at den bygget på en sterk og klar lovgivervilje, samt at lovgiver ikke så ut til å anse forholdet til SP art. 14 nr 5 som problematisk i forarbeidene.³⁷ Det ble videre vist til at

³⁶ Se avsnitt 47

³⁷ Se HR-2017-241-A avsnitt 14-17

dersom man hadde ment at ordningen ville kunne reist spørsmål om forholdet til SP, så må det antas at de ville vært drøftet.³⁸

Synspunktet som fremgår av dommen er følgelig at forarbeidenes manglende redegjørelse også sier noe om lovgiverviljen. Forarbeidenes taushet tolkes som et argument for at Stortinget ikke har ansett forholdet til SP som problematisk, og resultatet ble at det ikke ble ansett å foreligge motstrid mellom den norske og den folkerettslige regelen.

HR-2017-569-A

I denne dommen som det skal redegjøres ytterligere for i punkt 3, henvises det til bruken av forrangsbestemmelsen i Kristin-dommen. Det vises til synspunktet om at det ved bruken av forrangsbestemmelsen har betydning at bestemmelsen ikke reiser tolkningstvil.³⁹

Det påpekes deretter at ettersom forarbeidene ikke tar opp forholdet til flyktningkonvensjonen innebærer dette at forholdet ikke er ansett problematisk, og bestemmelsen er således utslag av en klar lovgivervilje.⁴⁰ Forarbeidene anvendes dermed på samme måte som i Kristin-dommen.

De to dommene kan således se ut til å legge til grunn et slags klarhetskrav ved anvendelsen av forrangsbestemmelser. Så lenge den gjeldende bestemmelsen ikke reiser tolkningstvil og lovgiverviljen er klar, så har det betydning for anvendelsen av forrangsbestemmelsen. Argumentet ser dermed ut til å være at jo klarere den nasjonale lovbestemmelsen er, jo mer skal det til for at den folkerettslige regel skal gå foran.

Etter begge 2017-dommene ser synspunktet følgelig ut til å være at en klar lovtekst er overveid, og at dersom folkeretten ikke er nevnt eksplisitt, så er dette fordi det ikke anses å være problematisk. Dette har igjen betydning for anvendelsen av forrangsbestemmelsen. Når bestemmelsen tolkes til ikke å være i strid med den aktuelle konvensjonen anses dette å være et synspunkt som er i tråd med lovgiverviljen.

2.1.2 Oppsummert om rettskildekonteksten

Utlendingsloven § 3 innebærer som nevnt at en folkerettslig regel som er til gunst for individet, går foran norsk lovgivning ved motstrid. Stortinget kan likevel bevisst vedta en lov som er i strid med folkeretten. Dersom dette er tilfellet, anvendes dette som et argument for at

³⁸ *Ibid* avsnitt 16

³⁹ Se HR-2017-569-A avsnitt 55

⁴⁰ I dommens avsnitt 55 henvises det til Ot.prp.nr.75 (2006-2007)

forrangsbestemmelsen ikke kommer til anvendelse.⁴¹ En konvensjon vil dermed bare gå foran dersom ikke lovgiver bevisst har vedtatt en lov eller bestemmelse som fraviker denne.

I praksis er det antakelig sjelden tilfelle at lovgiver bevisst vedtar en lov i strid med folkeretten. Det praktiske tilfellet vil antakelig være at lovgiver har ønsket en bestemt regel, og vedtar denne i den tro at det er i samsvar med folkerettens krav.⁴² Dette ser ut til å være tilfellet i de to 2017-avgjørelsene. Tause forarbeider ble tolket dit hen at Stortinget ikke anså forholdet mellom norsk lovgivning og folkeretten som problematisk, og det ble antatt at spørsmålet ville vært drøftet i forarbeidene dersom dette var tilfelle.

Stortinget kan naturligvis ikke redegjøre for alle forhold som *ikke* er problematiske, og synspunktene på lovgiverviljen som fremgår av 2017-dommene fremstår som rimelig i lys av dette. Når Høyesterett mener at også tause forarbeider gir klart uttrykk for en lovgivervilje, vil deres lojalitet ovenfor lovgiver tilsa at Stortingets vurderinger og ønsker vil respekteres i størst mulig utstrekning, slik at det vil dømmes i henhold til den norske regelen.⁴³

Som vi har sett ilegges lovgiverviljen stor vekt der nasjonale rettskildedefaktorer tilsier et annet resultat enn den folkerettslige regelen. I HR-2017-569-A, sies det ingenting ytterligere om sektormonismens inntreden etter utl § 3 enn at den klare lovgiverviljen må ha betydning for anvendelsen. Det gjøres ikke rede for de øvrige rettskildenes vekt i denne sammenheng. Som vi skal komme tilbake til i punkt 2.2. flg, har UNHCR er annet syn på reguleringen av misbrukstilfeller enn det som fremgår av norsk rett. Derfor har bruken og vektingen av deres uttalelse stor betydning for sakens utfall. Spørsmålet det dermed skal gjøres nærmere rede for i det følgende, er dermed hvilken vekt en uttalelse fra UNHCR kan eller må ha som rettskilde ved konvensjonstolkning i norsk rett. Herunder skal det ses hen til om de internasjonale kildene skulle eller kunne vært vektet annerledes, og om dette ville ha ført til en annen anvendelse av utl § 3 enn det som fremgår av HR-2017-569-A.

⁴¹ Arnesen/Stenvik s. 98-99

⁴² *Ibid*

⁴³ *Ibid* s. 138

3. Del I b: Om utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonen art 1 A – en redegjørelse av HR-2017-569-A

Spørsmålet som var oppe til avgjørelse i Høyesterett, var om unntaket i § 28 fjerde ledd annet punktum er forenelig med flyktningkonvensjonens art. 1 A. Et enstemmig Høyesterett kom til at bestemmelsen ikke var konvensjonsstridig. I det følgende skal det redegjøres for hvordan Høyesterett går frem i sin vurdering, og hva slags rettskilder som anvendes og hvordan disse vektlegges. Det skal gjøres rede for forholdet mellom internasjonale og nasjonale rettskildefaktorer, og herunder særlig ses hen til hvordan de forholder seg til en partsuttalelse fra UNCHR.

3.1 Bakgrunn

En etiopisk mann søkte asyl i 2010, og fikk avslag. Fra 2011 til 2014 søkte han om å få vedtaket omgjort en rekke ganger. I løpet av denne perioden ble han økende politisk aktiv. I 2014 fikk han midlertidig oppholdstillatelse i et år, i medhold av utl § 74. Det var klart at det forelå fare for forfølgelse dersom han returnerte til Etiopia, men myndighetene mente at forfølgelsesrisikoen hadde oppstått som en følge av søkerens egen aktivitet, og at hans hovedformål med aktiviteten var å få opphold. Derfor ble han unntatt fra flyktningstatus etter utl § 28 fjerde ledd.

I vurderingen tar Høyesterett utgangspunkt i at Wien-konvensjonens prinsipper må legges til grunn for tolkningen av flyktningkonvensjonen.⁴⁴ Ordlyden i art. 1 A omfatter ikke misbrukstilfellene, og hvorvidt utl § 28 fjerde ledd kan sies å ha hjemmel i denne eller ikke, må bero på en vurdering av andre foreliggende rettskilder. Tidligere forståelse av konvensjonen vil være en viktig rettskilde i denne vurderingen.⁴⁵

3.2 Tidligere rettspraksis

Det gjøres først rede for Abdi-dommen.⁴⁶ Her kom Høyesterett til at myndighetene som hovedregel ikke plikter å innvilge flyktningstatus på bakgrunn av subjektiv sur place-aktivitet, fordi konvensjonen kun er ment å omfatte objektive sur place-tilfeller. Når vi i norsk rett anerkjenner flyktningstatus på bakgrunn av også *subjektiv* sur place aktivitet, går vi etter dette

⁴⁴ Dette er sikker rett og fremgår av en rekke høyesterettsdommer. Se bl.a. Rt 2010 s. 858 avsnitt 38, Rt. 2012 s. 139 avsnitt 38, Rt 2012 s. 494 avsnitt 33. Se også Arnesen/Stenvik s. 25-26

⁴⁵ Se avsnitt 44-49

⁴⁶ Rt 1991 s. 658. Spørsmålet om datidens praksis med å unnta fra flyktningstatus der statusen hadde oppstått på grunn av subjektiv sur place-aktivitet, var i tråd med konvensjonen.

synspunktet lenger i flyktningvernet enn konvensjonen.⁴⁷ Høyesterett stiller deretter spørsmålstegn ved hvorvidt det har skjedd ting i ettertid som gjør at det er grunn til å fravike synspunktet som fremgår av Abdi-dommen.⁴⁸

3.3 Utlendingslovens forarbeider

For å se på utviklingen i praksis ses det først hen til forarbeidene til utlendingsloven av 2008.⁴⁹ Disse er tause om forholdet til flyktningkonvensjonen, men det fremgår klart at bestemmelsen er nøye overveid og utslag av en klar lovgivervilje. Forarbeidene gir ingen ytterligere anvisning på reglens anvendelsesområde.

3.4 EUs statusdirektiv⁵⁰

Videre slås det fast at bestemmelsens forarbeider viser til at regelen er inspirert av EUs statusdirektiv, som blant annet oppstiller kriterier for når en person kan oppnå flyktningstatus i art. 5 nr 3. Direktivet angir en minstestandard for medlemsstatenes beskyttelsesregler, og gir anledning til å bestemme at det ikke skal gis flyktningstatus dersom forfølgelsesrisikoen skyldes søkerens egen aktivitet. Bestemmelsen er foreslått endret slik at medlemsstatene pålegges å gi asyl ved subjektiv sur place, bortsett fra ved misbruk. Dette er på langt vei identisk med utl § 28 fjerde ledd, og norsk rett syntes å være i tråd med EU-retten på området.⁵¹ Flyktningkonvensjonens art. 1 A ser således ut til å bli oppfattet som en minimumsstandard, og en misbruksklausul anses å være innenfor denne minimumsstandard.

3.5 Andre lands rettspraksis og regelverk

Hva gjelder statspraksis slås det kort fast at det stor variasjon fra land til land, og at det er begrenset hvilken veiledning dette kan gi i saken jf. WK art. 31 nr 3 (b). En rekke land har liknende bestemmelser ved misbruk som Norge, men ingen har en identisk regel. Verken rettspraksis eller selve regelverket som fremgår av andre land gir noe entydig svar, og ilegges tilsynelatende lite vekt i rettens vurdering.

⁴⁷ Se også innledningen i punkt 1.1

⁴⁸ HR-2017-569-A avsnitt 53

⁴⁹ Se dommens avsnitt 55, og Ot.prp.nr 75 (2006-2007), avsnitt 5.5.6

⁵⁰ Direktiv 2004/83/EC

⁵¹ Se avsnitt 59 i dommen.

3.6 UNHCRs partsuttalelse

Helt til slutt i vurderingen ses det hen til UNHCRs uttalelse i saken.⁵² De har gitt en partsuttalelse vedrørende bestemmelsens konvensjonsmessighet i medhold av tvisteloven § 15-8. I 2017-dommen er det vist til to avsnitt:

«53. UNHCR submits that Contracting States are obliged under the 1951 Convention to recognize asylum-seekers who can establish that they have a well-founded fear of persecution for reason of a Convention ground, irrespective of whether the act or actions giving rise to such fear have been carried out and/or have been expressed for the main purpose of obtaining a residence permit.

...

55. Lastly, UNHCR submits that Section 28, paragraph 4 of the Immigration Act, setting out the basis of the exception from the obligation to grant refugee status to third country nationals in need of protection is at variance with the 1951 Convention. The provision exceeds a reasonable interpretation of the refugee definition and should thus not be a basis for denying refugee status. The exception is an additional requirement to the criteria and grounds in Article 1 of the 1951 Convention and thus contrary to its object and purpose.»

Førstvoterende forstår erklæringen dit hen at UNHCR mener at misbruksklausulen går lenger enn hva konvensjonen åpner for. Uansett hva som er årsaken til at forfølgelsesrisikoen har oppstått, har man etter UNHCRs synspunkt krav på flyktningsstatus dersom det foreligger forfølgelsesfare. Beskyttelseskravet må således ikke vurderes ut ifra en persons ”onde vilje”, men derimot ut ifra hvorvidt det faktisk foreligger et beskyttelsesbehov. Det vises også til at UNHCR syntes å ha et konsistent syn på dette spørsmålet.⁵³

UNHCR konkluderer med dette i motsatt retning av de øvrige rettskildene. Om vekten av partsuttalelsen uttales det at ”Selv om det generelt sett er grunn til å legge stor vekt på UNHCRs syn i flyktnings spørsmål (..) kan jeg ikke se at uttalelsen her har tilstrekkelig vekt til å kunne veie opp for øvrige rettskilder. Jeg viser for øvrig til at UNHCRs syn også var kjent

⁵² I avsnitt 65 flg

⁵³ I avsnitt 66

*for norske myndigheter da man ga bestemmelsen i § 28 fjerde ledd, uten at det førte frem jf. proposisjonen kap 5.5.5”.*⁵⁴

Denne uttalelsen kan antakelig ses som et argument for at lovgiverviljen er klar, og i forlengelsen av dette, at ikke sektormonismen trer inn på dette punktet.

Den korte avvisningen av UNHCRs uttalelse reiser likevel en rettskildemessig problemstilling vedrørende bruken av norske og internasjonale rettskilder, og nærmere bestemt hvordan Høyesterett vektlegger tilgjengelige rettskilder. Førstvoterende ser ut til å legge vekt på at norsk rett er i samsvar med EUs statusdirektiv, mens det ses bort fra uttalelsen til UNHCR.⁵⁵ I norsk rett er det flyktningkonvensjonen med tilhørende rettskilder vi er bundet av, ikke EU-direktiver eller praksis fra EU-domstolen. Her oppstår det et spenningsforhold som Høyesterett ikke uttaler seg om.

Ettersom UNHCR mener at misbruksklausulen ikke har hjemmel i konvensjonen, har anvendelsen av deres uttalelse av stor betydning for hjemmelsspørsmålet. I det videre skal det gjøres nærmere rede for den rettskildemessige vekten av UNHCRs uttalelser i norsk rett, og herunder hvorvidt domstolene må vektlegge eller kan velge å se bort fra slike uttalelser.

3.7 Hvilken rettskildeverdi har en partsuttalelse fra UNHCR

Det er første gang Høyesterett redegjør for en etterspurt partsuttalelse fra UNHCR, og rettskildeverdien er derfor noe uklar.⁵⁶ For å gjøre rede for hvilken rettskildeverdi en slik uttalelse må ha, skal det ses hen til både hvordan andre FN-organers uttalelser vektlegges, og til hvordan man tidligere har vektlagt andre UNHCR-uttalelser. Herunder skal det redegjøres for hvilke kriterier som eventuelt må være oppfylt for at partsuttalelser skal ilegges vekt.

3.7.1 Generelt om FN-komiteers rettskildemessige vekt

I juridisk teori er det påpekt at uttalelser fra organer med overvåkende eller rådgivende funksjon, ikke generelt kan ilegges tilsvarende vekt som avgjørelser fra et domstolsliknende organ. Vekten man gir et rådgivende organ i avveiningen, beror på både hva slags norske rettskildefaktorer som foreligger, samt karakteristika ved det aktuelle organet.⁵⁷

⁵⁴ Se avsnitt 67

⁵⁵ Se avsnitt 56 flg

⁵⁶ Jeg bygger her på søk i Lovdatas database for høyesterettspraksis. Jeg har søkt i denne databasen med søkeordene ”UNHCR” og ”partsuttalelse” både sammen og hver for seg, og finner ingen saker hvor det er gitt partsuttalelse fra UNHCR.

⁵⁷ Arnesen/Stenvik s. 84-85

Den Europeiske Menneskerettsdomstolen (EMD) er et eksempel på et domstolsliknende organ som ilegges tung vekt i rettsanvendelsen. Det følger av EMK art. 46 at statene ”forplikter seg til å rette seg etter Domstolens endelige dom i enhver sak de er part. i”. Til sammenlikning sier flyktningkonvensjonens 35 at statene forplikter seg til å ”samarbeide” med UNHCR, og ”lette oppfyllelsen av dets plikt til å føre tilsyn med anvendelsen av bestemmelsene i denne konvensjon”. Det er klart at en dom fra EMD har betydelig større gjennomslagskraft og vekt som rettskilde enn en uttalelse fra UNHCR. Organet fungerer som rådgivende og veiledende, og ved å ratifisere konvensjonen har vi knyttet oss til UNHCR som veileder i tolkningen.⁵⁸ Deres synspunkter er følgelig relevante ved fastleggingen av flyktningkonvensjonens innhold. Hvor tungt en uttalelse herfra må veie i norsk rett derimot, og hva som eventuelt skal til for å se bort ifra disse, er ikke endelig fastlagt. Vekten av andre FN-konvensjoners rådgivende og veiledende organers uttalelser har derimot vært oppe i rettspraksis en rekke ganger. Synspunktene som fremgår her kan gi en pekepinn på hvordan også UNHCRs uttalelser kan og bør vektlegges.

FNs Menneskerettighetskomité

FNs Menneskerettighetskomité er kontrollorganet til FN-konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) av 1966. Dette innebærer at komiteen behandler individklager, og at de treffer avgjørelser i form av ”synspunkter” jf. TP1 artikkel 5 nr 4.

Angående vekten av uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité uttalte Høyesterett seg for første gang i rt. 2008 s. 1764. Sakens stridsspørsmål var om en ankenektelse må begrunnes. FNs Menneskerettighetskomité hadde tidligere uttalt at manglende begrunnelse for ankenektelse representerte et brudd på SP art. 14 nr 5. Høyesterett konkluderte med at komiteens tolkning av SP måtte gå foran straffeprosesslovens ordning om at ankenektelser som hovedregel ikke skal begrunnes.

Et av de sentrale spørsmålene i saken var hvilken rettskildemessig tyngde en slik fortolkning skal ha når konvensjonen anvendes i norsk rett.⁵⁹ Det ble det vist til menneskerettslovens forarbeider, hvor vekten av Menneskerettighetskomiteens uttalelser ble drøftet.⁶⁰ Det ble

⁵⁸ Se også utlendingsloven § 98 som slår fast at norske myndigheter skal samarbeide med UNHCR, og legge til rette for at organisasjonen skal kunne utøve sin plikt til å føre tilsyn med konvensjonens gjennomføring.

⁵⁹ Se rt. 2008 s. 1764, avsnitt 75

⁶⁰ Se NOU 1993:18 s. 88 og Ot.prp.nr. 3 (1998-1999) på s. 69-70, samt Innst.O.nr.51 (1998-1999) på s. 6

vektlagt at komiteen er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer, samt at synspunktene fra komiteen i klagesaker erfaringsmessig syntes å ha høy status.⁶¹

Formålet med inkorporeringen av SP er å styrke enkeltmenneskets rettslige stilling, og et formål må også være at den norske rettsutviklingen i større grad skal påvirkes igjennom et åpent forhold til praksis fra internasjonale håndhevingsorganer. På bakgrunn av dette konkluderer Høyesterett med at FNs Menneskerettighetskomité sine uttalelser må ha ”betydelig vekt som rettskilde”.⁶²

Synspunktet om at uttalelser fra FNs Menneskerettighetskomité generelt sett må ilegges *betydelig vekt* som rettskilde, har i ettertid blitt fulgt opp en rekke ganger i rettspraksis.⁶³ I teorien er det lagt til grunn at dette nå må anses som et etablert rettskildeprinsipp.⁶⁴

FNs Barnekomité og FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter

Vekten av uttalelser fra FNs Barnekomité har også vært oppe i norsk rettspraksis. I rt. 2009 s. 1261 (Tamilsk mindreårig) var spørsmålet om et vedtak fra Utlendingsnemnda var gyldig. En enslig mindreårig asylsøker hadde fått avslag på søknad om opphold på humanitært grunnlag. FNs barnekomité hadde gitt generelle uttalelser vedrørende tilfeller som det foreliggende, og et sentralt tema for Høyesterett var hvor mye vekt en slik uttalelse må ha. Det ble påpekt av førstvoterende at komitéuttalelser kun er veiledende og ikke rettslig bindende, men at:

”Det avgjørende vil likevel være hvor klart den må anses for å gi uttrykk for overvåkningsorganenes forståelse av partenes plikter etter konvensjonene. Særlig må man vurdere om uttalelsen må ses som en tolkningsuttalelse eller mer som en tilrådig om optimal praksis på konvensjonens område. Dernest må man vurdere om uttalelsen passer på det aktuelle faktum og rettsområde”⁶⁵.

⁶¹ I dommens avsnitt 79 henvises det til [Ot.prp.nr.3 \(1998-1999\) side 69-70](#) hvor det uttales at ”Både Den europeiske menneskerettsdomstol og FNs Menneskerettighetskomité er sammensatt av høyt kvalifiserte og uavhengige personer. Erfaring viser at synspunktene fra FNs Menneskerettighetskomité i klagesaker har høy status”.

⁶² Se 2008 s. 1764, premissenes 73-81

⁶³ Se bl.a rt. 2013 s. 374 avsnitt 47, rt. 2015 s. 1142 avsnitt 31, rt. 2015 s. 1467 avsnitt 63, og HR 2017-241 avsnitt 25 og 31, som alle legger til grunn at uttalelser fra Menneskerettighetskomiteen må ilegges betydelig vekt som rettskilde. Se også Skoghøy, Jens Edvin A., *Betydningen av uttalelser av menneskeretts- og barnekomitéen*, Oslo 2016, s. 4

⁶⁴ Se Bårdsen, Arnfinn, *Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker*, Oslo 2017, s. 21

⁶⁵ Se rt. 2009 s. 1261 avsnitt 44

Denne uttalelsen er fulgt opp en rekke ganger i rettspraksis.⁶⁶ I rt 2015 s. 193 var spørsmålet om det var usaklig forskjellsbehandling da en videregående privatskole ikke fikk statstilskudd, ettersom en annen skole av liknende karakter hadde fått dette noen år tidligere. En av partene påberopte seg en uttalelse fra FN-komiteen for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.⁶⁷ Vedrørende vekten av FN-komiteers uttalelser ble det vist til uttalelsene om barnekomiteens vekt i Tamilsk mindreårig, og deretter lagt til grunn at uttalelser fra FN-komiteer generelt må ”tillegges vekt” ved tolkningen, men at vekten avhenger av hvor klart det aktuelle organet gir uttrykk for forståelsen av konvensjonen.⁶⁸ Selv om uttalelser fra Barnekomiteen ikke er bindende, er det tatt til orde for at de må ilegges betydelig vekt, på samme måte som tolkningsuttalelser fra FNs menneskerettskomité.⁶⁹

Synspunktet som på bakgrunn av det overnevnte kan utledes fra teori og rettspraksis, er at uttalelser fra rådgivende organer og overvåkningsorganer *generelt sett* ikke kan tillegges samme vekt som et domstolsliknende organ, men at det på bakgrunn av visse kriterier, likevel må ilegges betydelig vekt. Hvor tungt den konkrete uttalelsen må vektlegges, beror på en konkret vurdering i hver enkelt sak hvor det gjøres rede for den aktuelle uttalelsen, og av organets sammensetning.

I det videre skal det gjøres nærmere rede for hvordan man i norsk rett har stilt seg til vekten av andre typer uttalelser fra UNHCR, og deretter på hvordan bruken av partsuttalelsen i HR-2017-569-A fremstår i lys av de nevnte avgjørelser og kriterier.

3.7.2 Særlig om UNHCRs uttalelser

UNCHR skal etter flyktningkonvensjonens art. 35 veilede statene i deres gjennomføring av konvensjonen, og veiledningen gis i form av ulike uttalelser. Dette kan være i form av generelle landrapporter som tar for seg situasjonen for flyktninger i et bestemt land, det kan være partsuttalelser i forbindelse med en konkret sak, eller det kan være dokumenter som uttaler seg om det nærmere innholdet i konvensjonens bestemmelser, og om tolkningen av denne.⁷⁰

Det mest utfyllende og omfattende enkeltstående dokument som UNHCR har utstedt vedrørende flyktningdefinisjonen, er ”Handbook on Procedures and Criteria for Determining

⁶⁶ Se også rt. 2015 s. 1388 avsnitt 152 og rt. 2012 s. 1985 avsnitt 136 som henviser til uttalelsen i Tamisk mindreårig, og som også omhandler uttalelser fra Barnekomiteen.

⁶⁷ Uttalelsen som ble påberopt var General Comment nr. 13 [[GC-1999-13-CESCR](#)], avsnitt 54

⁶⁸ Se rt. 2015 s. 193 avsnitt 42

⁶⁹ Skoghøy s. 7

⁷⁰ Se Vevstad s. 170-171.

Refugee Status under the 1951 Convention and the 1867 Protocol relating to the Status of Refugees” (Håndboken). Denne skal gi veiledning til statstjenestemenn som arbeider med å fastlegge hvem som har krav på flyktningstatus.⁷¹ Den rettskildemessige vekten av uttalelser fra UNHCR, og da særlig vedrørende Håndboken, har vært tatt opp i både utlendingslovens forarbeider og i rettspraksis.

I forarbeidene til utlendingsloven av 2008 understreker departementet at Håndboken skal veie tungt, og at anbefalinger om beskyttelse i utgangspunktet skal tillegges ”stor vekt” selv om de ikke er rettslig bindende, men at det *kan* forekomme sprik mellom anbefalingene og norsk praksis.⁷² Forarbeidene gir altså ikke noe klart svar på spørsmålet om rettskildemessig vekt, men spørsmålet har også vært tatt opp i rettspraksis ved flere anledninger.

I rt. 2010 s. 858 mente retten at Håndboken ikke hadde relevans i den konkrete saken, men at den ”generelt sett bør tillegges atskillig vekt, jf. NOU 2004:20 Ny utlendingslov side 102”.

I rt. 2012 s. 139 avsnitt 50, ble det henvist til uttalelsen i rt. 2010 s. 852, og uttalt at:

”Håndboken bør generelt sett tillegges atskillig vekt, jf. [Rt-2010-858](#) avsnitt 44 med ytterligere henvisninger”.

I rt 2015 s. 1388 kan Høyesterett se ut til å moderere synspunktet som tidligere har kommet frem. Om bruken av UNHCR-uttalelser presiserte førstvoterende at:

”For ordens skuld minner eg om at rapportane frå UNHCR er av rettleiande og opplysende karakter, jf. Flyktningkonvensjonen [artikkel 35](#)” (avsnitt 114). ”

Ut ifra foreliggende rettspraksis ser man ut å til å ha gått ifra at Håndboken har ”atskillig vekt”, til at den er av ”rettleiande og opplysende karakter”. På den ene siden kan dette se ut til å gi uttrykk for større tilbakeholdenhet i vektleggingen i den seneste dommen. At noe er ”rettleiande og opplysende” tilsier at det er noe som *kan* ilegges vekt, og at det skal være et bidrag i tolkningen, men ikke nødvendigvis tungtveiende.

På den annen side så er det ingenting i den seneste dommen som tilsier at de har ment å fravike tidligere utgangspunkter. Uttalelsene det ble referert til var UNHCRs retningslinjer vedrørende internflukt, av 23. juli 2003. Uttalelsen er vagere enn ”atskillig vekt”-synspunktet som har blitt fremmet i de tidligere dommene, men det sies likevel ingenting om at dette er et

⁷¹ *Ibid* s. 45

⁷² Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 73

synspunkt man ønsker å fravike. Dessuten vil ordlyden av at noe er ”retteleide og opplysende” tilsa at det er ment å gi føringer for tolkningen.

Her er det viktig å merke seg at de nevnte forarbeider og rettspraksis uttaler seg om vekten til henholdsvis Håndboken og generelle retningslinjer for internflukt. De sier ingenting om hva situasjonen vil være der det er bedt om en partsuttalelse i forbindelse med en konkret sak, som er tilfellet i HR-2017-569-A. Hvordan en partsuttalelse må vektlegges beror på en nærmere fortolkning av de foreliggende rettskildene.

3.7.3 Nærmere om bruken av partsuttalelsen i HR-2017-569-A i lys av foreliggende rettskilder

Om UNHCR-uttalelsens rettskildemessige vekt uttaler Høyesterett at det ”generelt sett er grunn til å legge vekt på UNHCRs syn i flyktningsspørsmål”, og henviser til Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 73. Deretter avviser de at uttalelsen har betydning i saken; ”(..) kan jeg ikke se at uttalelsen her har tilstrekkelig vekt til å kunne veie opp [for] øvrige rettskilder”.⁷³

I saken er det tale om å anvende en etterspurt partsuttalelse, og ikke en generell uttalelse. Dermed skiller situasjonen seg betraktelig fra det som fremgår av nevnte rettspraksis og forarbeider, hvor uttalelsene knytter seg vekten av henholdsvis Håndboken og retningslinjer vedrørende internflukt. Uttalelsen i 2017-dommen er etterspurt, nettopp fordi man ønsker å vite hvordan UNHCR ser på den konkrete problemstillingen.

Dette tilsier at kriteriene som legges til grunn i rt 2009 s. 1261 og rt. 2015 s. 193, om at det avgjørende for vekten er hvor klart uttalelsen må anses for å gi uttrykk for organets synspunkter, og at uttalelsen må passe på det aktuelle faktum og rettsområde, har stor overføringsverdi på partsuttalelser fra UNHCR. For det første er det klart at uttalelsen gir uttrykk for organets synspunkter, og for det andre er uttalelsen utformet med tanke på den konkrete problemstillingen.⁷⁴ Det er således ingen tvil om at uttalelsen passer på sakens faktum og rettsområde. Dette poenget problematiseres ikke i det hele tatt av Høyesterett i

⁷³ Jf. avsnitt 65 flg

⁷⁴ UNHCR har vært konsekvente i sitt negative syn på å unnta personer flyktningstatus på bakgrunn av misbruk.

Se blant annet avgjørelsen i Danian-saken (*Danian v. Secretary of State for the Home*

Depart.ment, CO/30274/97, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, 9 June 1998), og ot.prp.nr 75 (2006-2007) punkt 5.5.5, i tillegg til den omtalte partsuttalelsen.

2017-dommen. De bes om en partsuttalelse, og denne avfeies i en setning, uten at det begrunnes ytterligere hvorfor dette gjøres.

Hva gjelder kriteriet om at organet må være sammensatt av kyndige og uavhengige personer, som vist til i Ankenektelse-dommen⁷⁵, omtales heller ikke dette i 2017-dommen. I Ankenektelse ble det som nevnt ovenfor, presisert at formålet med inkorporeringen av SP var at den norske rettsutviklingen skal påvirkes gjennom forholdet til internasjonale håndhevingsorganer. Det samme synspunktet gjør seg gjeldende i relasjon til flyktningkonvensjonen. Formålet med å ratifisere konvensjonen er nettopp å gjennomføre dennes bestemmelser i norsk rett. Dette gjenspeiler seg blant annet ved at det er innført sektormonisme på området jf. utl § 3.

UNHCR er en stor operativ organisasjon som har fått et særskilt FN-mandat for å beskytte flyktninger.⁷⁶ Den ble opprettet i 1950, og er således en relativt gammel organisasjon, som har omfattende erfaring hva gjelder flyktningspørsmål og tolkning av konvensjonen. UNHCR følger nasjonal og internasjonal tolkningspraksis tett, og dette taler for at deres tolkning av flyktningkonvensjonen generelt sett må tillegges betydelig vekt.⁷⁷ Dette synspunktet tilsvarer det som fremgår av Ankenektelse-dommen.⁷⁸

På bakgrunn av det overnevnte er det mye som taler for at partusttalelsen må ilegges *betydelig vekt*. Spørsmålet blir deretter hva dette faktisk innebærer i avveiningsomgangen. Om vekten av ”betydelig” fremhever høyesterettsdommer Bårdsen at det ligger en reservasjon i begrepet.⁷⁹ Man er ikke pliktet til å følge uttalelsene, men har rom for å bygge på en annen forståelse dersom det foreligger rettskildemessig belegg for dette. Dette innebærer likevel etter Bårdsens syn at ”man forklarer hva som eventuelt er årsaken til at man likevel velger en annen forståelse – at man viser at det er gode grunner for et annet resultat”.

I 2017-dommen uttales det at ”Selv om det generelt sett er grunn til å legge stor vekt på UNHCRs syn i flyktningspørsmål, jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 73, kan jeg ikke se at uttalelsen her har tilstrekkelig vekt til å kunne veie opp før øvrige rettskilder”. Nøyaktig hvilke vurderinger som er gjort fremgår ikke av premissene. Den raske avfeingen kan tyde på at vekten av UNHCRs uttalelse ikke er problematisert eller lagt til grunn som særlig

⁷⁵ Se redegjørelse av rt. 2008 s. 1764 i punkt 3.7.1

⁷⁶ Se Vevstad s. 170

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ Jf. note 75

⁷⁹ Se Bårdsen 2017 s. 24

tungtveiende. Det fremgår ikke hvorfor man mener de norske rettskildene utgjør gode grunner for et annet resultat.

3.7.4 Oppsummert om UNHCRs partsuttalelser rettskildemessige vekt

I lys av rt. 2015 s. 1388 og HR-2017-569-A, kan det spørres om de to dommene gir uttrykk for en tilsiktet endring i vektleggingen av UNHCRs uttalelser. Kanskje er det meningen å ilegge disse mindre vekt enn tidligere. I 2015-dommen sies det at uttalelsene er veiledende, mens 2017-dommen avfeier en partsuttalelse i lys av nasjonale rettskilder.

Det fremgår ikke av dommene at Høyesterett har ment å fravike tidligere synspunkter. I 2017-dommen uttales det at UNHCR-uttalelser generelt sett må ilegges ”stor vekt”. Dette er klart mer tungtveiende enn at noe er veiledende. I lys av overstående drøftelse er det klart at desto mer spesifikk, konkret og tydelig en uttalelse er, desto mer vekt skal den ilegges.⁸⁰ Mens 2015-dommen omhandler om en generell retningslinje fra UNHCR, omhandler 2017-dommen en konkret partsuttalelse. Uttalelsene i dommene kan ikke uten videre tas til inntekt for å gi uttrykk for en endring i vektleggingen av UNHCRs uttalelser generelt. I tråd med tidligere rettspraksis bør det derimot skilles mellom rettskildeværdien av de to ulike typene uttalelser på bakgrunn av de nevnte kriterier.⁸¹

Hensynet til en lojal gjennomføring av konvensjonen tilsier at partsuttalelsen bør ilegges stor vekt i avveiningen.⁸² For at konvensjonen skal kunne ha en reell funksjon i nasjonal rett, så er det av betydning at stater følger denne i størst mulig grad. Statene har vedtatt konvensjonen med kravet om UNHCRs veiledningsplikt, og hvis man likevel står fritt i å velge når eller om man skal følge UNHCRs anbefalinger eller ikke, vil konvensjonens folkerettslige betydning kunne bli svært begrenset.

Ettersom Høyesterett ikke tidligere har behandlet partsuttalelser fra UNHCR, burde dommen synliggjøre hvordan denne typen uttalelser skiller seg fra andre typer uttalelser. Hvis partsuttalelsen ikke har større betydning enn at den kan kort avfeies, kan det stilles spørsmålsteget ved hvorvidt det er hensiktsmessig å be om en partsuttalelse i det hele tatt. I så fall vil uttalelsen bare ha betydning der det foreligger mye tvil etter en fortolkning av de nasjonale rettskildene, eller i tilfeller der den samsvarer med nasjonal rett – for å underbygge konklusjonen. En etterspurt partsuttalelse kan ikke kun anvendes der den underbygger en

⁸⁰ Se avsnitt 3.7.1

⁸¹ Se bl.a 2008 s. 1764, rt. 2009 s. 1261 og rt. 2015 s. 193 og redegjørelsen av disse i oppgavens punkt 3.7.1 flg.

⁸² Se WK art. 26 som slår fast at traktater er bindende og må gjennomføres i god tro.

allerede gitt konklusjon, men må anvendes som et tungtveiende argument også i saker der den tilsier et motsatt resultat.⁸³

I lys av øvrige rettskilder syntes likevel dommens resultat å være rimelig. Etter nasjonale regler er det klart at bestemmelsen er nøye overveid og ønsket, og at den anses å ha hjemmel i flyktningkonvensjonen. På samme måte som den norske stat har interesser den vil beskytte, har også UNHCR dette. Hjemmelsspørsmålet, og herunder vektingen av folkerettslige og nasjonale kilder mot hverandre, har således en klar politisk side. Norsk rett er ikke forpliktet til å følge UNHCRs uttalelser på samme måte som etter eksempelvis EMD-avgjørelser, og står friere til å vekte hvordan disse skal forstås. Men i alle tilfeller bør vektingen av en uttalelse skje konkret, og i lys av nevnte kriterier. Når uttalelsen er utstedt med den konkrete saken og rettsspørsmålet for øye kan den fremdeles avvises dersom det er rettskildemessig grunnlag for dette, men dette bør i alle tilfeller begrunnes tydeligere enn gjort i HR-2017-569-A.

3.8 Dommens praktiske konsekvens

Høyesteretts vekting i saken kan både leses som et uttrykk for at nasjonale autoritative rettskilder ilegges stor vekt, men også som et uttrykk for at den statlige suvereniteten på utlendingsrettens område må ha stor vekt. En uttalelse fra et internasjonalt veiledende organ veier ikke tyngre enn de norske rettskildene, selv om organet er ment å veilede statene i fastleggingen av konvensjonens innhold.

Som lovgiver står Stortinget over flyktningkonvensjonen. Det vil si at dersom Stortinget går inn for å vedta en lov som ikke er i tråd med konvensjonen, så har de anledning til dette. Hvorvidt man velger å følge en uttalelse fra UNHCR eller ikke, vil i denne sammenheng ha stor betydning for tolkningen av konvensjonen. I denne konkrete saken innebar UNHCRs og Høyesteretts fortolkninger to helt ulike resultater.

Konsekvensen av Høyesteretts konklusjon innebærer at dersom man har handlet opportunistisk, vil man unntas fra flyktningstatus fordi dette innebærer misbruk av asylinstituttet. UNHCRs synspunkter innebærer at hvis du har beskyttelsesbehov, så er du flyktning – uansett hva som er årsaken til beskyttelsesbehovet som har oppstått. De har ulik innfallsvinkel til problemstillingen, og avhengig av sakens omstendigheter vil resultatet kunne bli tilsvarende ulikt.

⁸³ Se for eksempel HR-2017-241-A, avsnitt 21-25 hvor retten anvender en uttalelse fra FNs menneskerettskomité for å underbygge sitt standpunkt

4. Del II: Norsk retts tilnærming vs. UNHCRs tilnærming. Har tilnæringsmåten til misbrukstilfellene betydning for resultatet?

Som redegjort for i del I, fastslås det i HR-2017-569-A at utlendingsloven § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonen. Avgjørelsen tar kun for seg den folkerettslige hjemmelen helt generelt, og vurderer ikke om det må settes grenser for bestemmelsens anvendelsesområde, eller om det finnes typetilfeller som faller utenfor. Bestemmelsen er skjønsmessig utformet, og fastleggingen av dens rekkevidde og innhold overlates dermed i stor grad til forvaltningen og den enkelte rettsanvender.

UNHCR og norsk rett har ulike innfallsvinkler hva gjelder misbrukstilfellene. I denne delen av oppgaven skal det vurderes hva som blir situasjonen dersom man anvender de to tilnæringsmåtene i praksis. Det overordnede spørsmålet er om det i det hele tatt har noen praktisk betydning hvilken tilnæringsmåte som anvendes, eller om sakens utfall i alle tilfeller vil bli det samme.

4.1 Metode

For å se på bruken av bestemmelsen i norsk rett skal det redegjøres for vedtak fattet av Utlendingsnemda (UNE), men også for praksis fra lagmannsretten. Det skal gjøres rede for ulike saker og typetilfeller som favnes av bestemmelsen, og for hvilke vurderinger som gjøres når bestemmelsen anvendes i praksis. Hensikten er å se i hvilke saker, og hvordan, bestemmelsen anvendes i norsk rett, og i hvilke tilfeller bestemmelsens anvendelsesområde eventuelt blir satt på spissen.

De samme typetilfellene vil deretter redegjøres for i lys av UNHCRs innfallsvinkel. Formålet med dette er å se hvorvidt de ulike innfallsvinklene gir likt eller ulikt resultat, og dermed hvordan de ulike tilnæringsmåtene til misbrukstilfellene slår ut i praksis.

4.1.1 Metodiske utfordringer

UNE har opprettet en praksisbase hvor man kan finne anonymiserte sammendrag av en rekke avgjørelser. Formålet med praksisbasen er å ivareta hensynet til offentlig debatt og til

politikkutviklingen på feltet.⁸⁴ Alle avgjørelsene det henvises til i oppgaven er søkbare etter sitt saksnummer i praksisbasen fra 2010, da bestemmelsen trådte i kraft.

Ettersom sakene i praksisbasen kun er et utvalg av nemndas avgjørelser, og kun korte sammendrag, må det presiseres at de ikke nødvendigvis gir et helhetlig bilde av praksisen. De har tilsvarende begrenset verdi som rettskilde. De kan likevel vises til for å se hvordan misbruksklausulen tolkes i praksis, og hvordan dens anvendelse begrunnes konkrete tilfeller.

Herunder skal det gjøres rede for hvilke momenter som kan vektlegges i vurderingen, hvilke hensyn som begrunner resultatet og hva slags utfordringer som oppstår i misbruksvurderingen. Formålet med dette er å redegjøre for misbruksklausulens anvendelsesområde og rekkevidde i norsk asylpraksis.

4.1.2 UNEs praksis – bakgrunnen for utvalget

Det finnes ikke statistikk på hvor ofte unntaket brukes, men UNE opplyser i et praksisnotat at de har truffet en rekke vedtak hvor det gjøres unntak etter § 28 fjerde ledd.⁸⁵ Bestemmelsen trådte i kraft i 2010. Det er publisert 51 saker som omhandler misbruksklausulen i praksisbasen. Én sak er fra Irak, én sak fra Sri Lanka, tre saker fra Sudan, 10 saker fra Iran, 13 saker fra Eritrea, og 23 saker fra Etiopia. Ifølge praksisnotatet finnes det også saker fra Afghanistan og Somalia, men ingen av disse er tilgjengelige i praksisbasen.

Alle sakene fra Iran, Eritrea og Etiopia er gjennomgått og det er disse som utgjør grunnlaget for drøftelsen. Dette utgjør til sammen 46 saker. Det vil ikke redegjøres for hver sak for seg, men heller ses på fellestrekk ved sakene, hvilke vurderinger som går igjen, og om det finnes typetilfeller som lettere favnes av unntaket ved bruk av eksempler underveis. Der det redegjøres for konkrete saker vil disse refereres til med sitt referansenummer, og de øvrige sakene fremgår av litteraturlisten.⁸⁶

4.2 Utlendingsloven § 28 – vurderingen av søkerens handlinger

Vurderingene som foretas når man unntar en person fra flyktningstatus etter utl § 28 fjerde ledd annet punktum, er komplekse. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må du først ha krav på flyktningstatus etter første ledd. Utgangspunktet er at søkeren selv må sannsynliggjøre sine anførsler, og så langt man kan, legge frem opplysninger om relevante

⁸⁴ Se <https://une.no/kildesamling/om-praksisbasen/> (lenke innhentet 31.05.2017)

⁸⁵ Se UNEs praksisnotat av 23.06.2016 om sur place, se <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/>

⁸⁶ På s. 43 flg.

forhold for myndighetene.⁸⁷ Når myndighetene fatter vedtak skal det mest sannsynlige faktum legges til grunn.⁸⁸ Dersom søkeren kan bevise at det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse på bakgrunn av vedkommendes etnisitet, hudfarge, politisk oppfatning, religion mv, så har man følgelig krav på flyktningstatus etter § 28 første ledd. Dette er riktignok bare et utgangspunkt, ettersom forvaltningen etter forvaltningsloven § 17 plikter å sørge for at en sak er ”så godt opplyst som mulig”, før man fatter vedtak. Utgangspunktet om at søkeren har bevisbyrden må følgelig nyanseres.

For at en søker som har krav på anerkjennelse som flyktning etter utl § 28 første ledd deretter skal kunne unntas etter fjerde ledd annet punktum, er det myndighetene som må bevise at vilkårene for unntaksbestemmelsen er oppfylt.⁸⁹ Det må da bevises at det er ”mest sannsynlig” at søkerens ”hovedsakelige formål” med handlingene har vært å få oppholdstillatelse. Å vurdere en persons subjektive formål med en handling er vanskelig. Dette er påpekt av UNE selv, som derfor legger til grunn at vurderingen må gjøres på bakgrunn av ytre objektive holdepunkter.⁹⁰

Hvorvidt unntaket kommer til anvendelse beror følgelig på to separate vurderinger. Først om personen oppfyller vilkårene fra flyktningstatus, og deretter om vedkommende kan unntas. I den første vurderingen er det *virkingen* av vedkommendes handlinger som skal vurderes, mens det sentrale i unntaksvurderingen er *formålet* med de samme handlingene. De samme handlingene vurderes således i to omganger, og det er de samme opplysningene som gir deg beskyttelsesbehov, som deretter kan frata deg fra flyktningstatus.

4.3 Norsk retts tilnærming til misbruk contra UNHCRs tilnærming til misbruk

4.3.1 Om norsk retts tilnærming

Etter norsk retts tilnærming, kan man fratas fra flyktningstatus på bakgrunn av handlinger man har utført, dersom det ”fremstår” som mest sannsynlig at handlingen er utført ”hovedsakelig” med sikte på å få opphold jf. utl § 28 fjerde ledd annet punktum.

I bestemmelsens forarbeider legges det til grunn at det må foretas en konkret og skjønnsmessig vurdering. For eksempel vil det måtte vurderes om søkeren aldri har vært

⁸⁷ Se ot.prp nr 75 (2006-2007) pkt 5.2.3.4

⁸⁸ Vevstad s. 162

⁸⁹ Se LB-2014-89067 hvor det presiseres at staten har bevisbyrden for at unntaket kommer til anvendelse.

⁹⁰ Se UNEs praksisnotat av 23.06.2016 om sur place, <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/> (lenke innhentet 31.05.2017)

politisk engasjert i hjemlandet, men først blir dette i Norge. Dette kan tale for at hensikten er å få opphold. Som nevnt innledningsvis i oppgaven er hensynet bak regelen at flyktninginstituttet ikke skal gi beskyttelse til personer som kun har til hensikt å få opphold, men at det skal gi beskyttelse til personer med et genuint beskyttelsesbehov.⁹¹

4.3.2 Om UNHCRs tilnærming

Som vist til i del I, er UNHCR konsekvente i sitt syn på bruken av den norske misbruksbestemmelsen.⁹² Synspunktet som fremmes er at det ikke er nødvendig å vurdere en persons onde tro når man skal fastslå om vedkommende har krav på flyktningstatus. Dersom man skal ilegge en persons opportunistiske hensikter betydning, så må dette gjøres i vurderingen av om det i det hele tatt foreligger forfølgelsesgrunner og forfølgelsesrisiko. Dette innebærer at det må være synlig for forfølgeren, altså hjemlandets myndigheter, at handlingene er gjort med sikte på å oppnå oppholdstillatelse.

I Håndboken art. 96 er det fastslått at en person kan få flyktningstatus på bakgrunn av subjektiv sur place, for eksempel dersom man har vært politisk aktiv etter at man kom til landet hvor man søker asyl. I vurderingen av hvorvidt man har krav på flyktningstatus i slike tilfeller, heter det at *"[w]hether such actions are sufficient to justify a well-founded fear of persecution must be determined by a careful examination of the circumstances. Regard should be had in particular to whether such actions may have come to the notice of the authorities of the person's country of origin and how they are likely to be viewed by those authorities"*.

Håndboken slår dermed fast at det er *omstendighetene* som avgjør hvorvidt handlingene er tilstrekkelige til å rettferdiggjøre en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Dette innebærer at hvis du finner på ting som ikke er sant, og lyver om handlinger du har gjort, så kan det etter håndboken være grunnlag for *ikke* å gi tillatelse, fordi forfølgelsesrisiko ikke foreligger. Det sies derimot ingenting om søkerens gode eller onde tro. Dersom forfølgelsesrisiko foreligger etter omstendighetene, så har du krav på flyktningstatus.

Etter utl § 28 fjerde ledd annet punktum skal det tilsynelatende mindre til for å bevise misbruk for staten, enn det skal etter håndboken. At det hovedsakelig "fremstår" som et formål, er lettere å bevise enn "careful examination of the circumstances". Man trenger etter norsk rett

⁹¹ Se ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 101

⁹² Se Høyesteretts uttalelse om dette i HR-2017-569-A avsnitt 66, og ot.prp.nr 75 (2006-2007) på s. 100 hvor UHCR uttaler at utfordring med misbruk av asylinstituttet bør vurderes "i tilknytning til konvensjonens krav til forfølgelsesgrunner og forfølgelsesrisiko mv., og at det ikke er nødvendig med egne vurderinger av om utlendingen handlet med "ond vilje".

bare å bevise at det foreligger misbruk, mens det etter Håndboken må bevises at det i det hele tatt ikke foreligger et beskyttelsesbehov. Dette kan for eksempel innebære at man må bevise at hjemlandets myndigheter er klar over at de aktuelle handlingene er utført i opportunistisk hensikt, og at det derfor ikke foreligger noen reell forfølgelsesrisiko. Dette er vanskeligere å bevise enn å bevise at noe ”fremstår” som et hovedsakelig formål.

Følgelig vil den norske lovbestemmelsen ivareta statens interesser i større grad, mens en konvensjonsrettslig tilnærming til vurderingen på bakgrunn av Håndboken og UNHCRs uttalelser, i større grad ivaretar flyktingens interesser.⁹³

Ulike innfallsvinkler gir ulik anvendelse av regelen, som igjen kan gi ulike resultater. For det første mener UNHCR at det i det hele tatt ikke er hjemmel i konvensjonen for en bestemmelse som følger av utl § 28 fjerde ledd annet punktum, og for det andre er selve vurderingstema og bevisbyrden ulik som følger av de to innfallsvinklene ulik. Hvem som må bevise noe og hva som må bevises, er ulikt etter de fremgangsmåtene. I det følgende skal det ses nærmere på hvilken betydning dette har i praksis.

4.4 Retts- og forvaltningspraksis

Fra UNEs praksis fremgår det i hovedsak to typesituasjoner hvor man har blitt unntatt fra flyktningstatus på bakgrunn av opportunistiske handlinger. Det ene er der søkeren har utøvd politisk aktivitet, og det andre er der vedkommende har konvertert til kristendommen.⁹⁴

De fleste sakene i UNEs database omhandler politisk aktivitet, men hvilke momenter som gjør seg gjeldende for de to situasjonene sammenfaller i stor grad. I vurderingen av om det foreligger misbruk, legger UNE vekt på hvorvidt klageren har økt eller tilpasset sin aktivitet og synlighet i takt med avslag, om klageren mangler kunnskap og refleksjon, om profileringen er påfallende sterk, om klageren har gitt andre opplysninger som ikke anses som troverdige, og om klageren har foretatt noen andre handlinger som tilsier at hovedmotivet er å få tillatelse.⁹⁵

⁹³ I flyktningkonvensjonens forord fastslås det at et sentralt formål med opprettelsen av konvensjonen er å ivareta flyktingers grunnleggende rettigheter og friheter.

⁹⁴ Se UNEs praksisnotat av 23.06.2016 om sur place, se <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/>

⁹⁵ *Ibid*

I det følgende skal det redegjøres for typetilfeller som oppstår når misbruksklausulen kommer til anvendelse, og hva slags vurderinger som gjøres av forvaltningen og rettsanvenderen i disse situasjonene.

4.4.1 Når aktiviteten øker i synlighet eller omfang

Et sentralt moment i UNEs vurdering av misbrukstilfellene, er hvordan aktiviteten fremstår, i hvilket omfang den utøves, og hvor synlig søkeren er.⁹⁶ Dersom man er svært synlig og utfører aktivitet i stort omfang, vil aktiviteten karakteriseres som *påfallende*, og ofte bli brukt som argument for at vedkommende i all hovedsak ønsker å få opphold.⁹⁷

Et eksempel på et slikt tilfelle er LB-2013-163116. En iransk kurder søkte om asyl i 2005, og fikk endelig avslag på søknaden i 2008. Ved omgjøringsanmodning i 2010 ble det vist til at søkeren hadde utstrakt politisk aktivitet i Norge, som ville medføre forfølgelsesrisiko. I 2012 ble han ansett å oppfylle vilkårene for asyl etter utl § 28 (1) a, men han ble unntatt fra flyktningstatus etter § 28 fjerde ledd annet punktum, og deretter innvilget oppholdstillatelse etter utl § 38. UNE mente at hans sur place-aktivitet bar preg av å ha opportunistiske hensikter. Spørsmålet for lagmannsretten var om det ”hovedsakelige formålet” med søkerens handlinger var å oppnå oppholdstillatelse.

I sin vurdering vektla UNE at hans ”økte og utagerende” aktivitet var påfallende, og at hans utbredte aktivitet i Norge ikke samsvarte med hans mer beskjedne aktivitet i Iran.

Lagmannsretten på sin side, mente at det aktivitetens økte omfang og endrede karakter måtte ses i lys av de meget forskjellige mulighetene til å drive politisk virksomhet i Norge, sammenliknet med i Iran.⁹⁸

UNE og lagmannsretten anvender følgelig den samme aktiviteten som argument for ulike resultater. Det sentrale spørsmålet for både UNE og lagmannsretten, er om handlingene fremstår som et såkalt *bro-tilfelle*. At det foreligger et bro-tilfelle innebærer at handlingene som er utført fremstår som en naturlig forlengelse av aktiviteter som vedkommende allerede utførte i opprinnelseslandet.⁹⁹ UNE mener aktiviteten *ikke* fremstår som et bro-tilfelle, og anvender dette som et argument for at handlingen er opportunistisk motivert. Lagmannsretten på sin side mener aktiviteten fremstår som et bro-tilfelle, og mener at det faktum at aktiviteten

⁹⁶ *Ibid*

⁹⁷ Se bl.a UNEs vedtak i referanse N1455631030, N16551339, og N139857527 hvor synlighet og/eller økende aktivitet ble brukt som argument for at vedkommende søker å oppnå oppholdstillatelse

⁹⁸ Se uttalelser i ”konklusjon” i punkt 3 i dommens premisser.

⁹⁹ Se ot.prp nr 75 (2006-2007) s. 100

har økt, har med muligheter å gjøre. De mener derfor at søkeren ikke har et hovedsakelig opportunistisk formål. I denne sammenheng ser følgelig spørsmålet om bro-tilfelle ut til å være det avgjørende. Her er det verdt å merke seg at det *ikke* er et vilkår etter bestemmelsen at det foreligger et bro-tilfelle. Sur place-tilfellene skal vurderes uavhengig av handlingene man gjorde i hjemlandet.¹⁰⁰

Også i LB-2015-156827 ble den økte aktiviteten vektlagt. I denne saken ble en etiopisk asylsøker innvilget begrenset oppholdstillatelse etter utl § 74, ettersom han ble unntatt fra flyktningstatus etter utl § 28 fjerde ledd. Både lagmannsretten og UNE fant at hans hovedsakelige formål med aktiviteten var å få oppholdstillatelse.

Etter lagmannsrettens syn var det påfallende at hans politiske aktivitet økte betraktelig i 2013 og 2014, etter at han hadde fått gjentatte avslag på asyl på bakgrunn av det opprinnelige søknadsgrunnlaget. Det ble lagt til grunn at det i praksis vil være vanskelig å utøve politisk aktivitet etter at man har kommet til et nytt land, og at en økning etter hvert vil være naturlig. Derimot ser de det likevel slik at dersom han hadde et så stort politisk engasjement som han anfører, så ville dette komme til uttrykk gjennom større grad av politisk aktivitet de første årene i Norge.

Etter UNHCRs innfallsvinkel

Dersom tilfeller med økende og synlig aktivitet hadde vært vurdert etter UNHCRs kriterier, ville man sett hen til om det er synlig for hjemlandets myndigheter at aktiviteten har økt i påfallende grad i Norge og at dette er gjort for å få opphold. Hvis dette er tilfelle, så har man ikke krav på flyktningstatus. Dersom det opportunistiske i handlingene i motsatt fall ikke var synlig for myndighetene og dermed ville gi grunnlag for sanksjoner, så foreligger det en forfølgelsesrisiko i konvensjonens forstand – uansett hvor *påfallende* handlingene måtte fremstå for norske myndigheter.

De nevnte sakene er eksempler på at vurderinger etter UNHCRs kriterier jf. blant annet Håndbokens art. 96, kunne gitt et annet resultat. Etter denne innfallsvinkelen ville norske utlendingsmyndigheter måtte bevise at vedkommendes engasjement ikke utløste forfølgelsesrisiko, blant annet fordi det opportunistiske formålet ville vært synlig også for etiopiske myndigheter. Det faktum at aktiviteten har økt ville således ikke blitt brukt som et

¹⁰⁰ *Ibid.* Det presiseres at det ikke er et krav at søkerens aktiviteter er en naturlig fortsettelse av aktiviteter i hjemlandet for å få flyktningstatus sur place-aktivitet.

argument for at formålet var opportunistisk *i seg selv*, men eventuelt som et argument for at formålet på denne måten var synlig også for hjemlandets myndigheter. Som vi kommer tilbake til nedenfor, er det en kjent sak også for etiopiske myndigheter at mange etiopiske borgere handler med opportunistiske hensikter.

Et argument for å være tilbakeholden med å anvende økt aktivitet som grunnlag for å frata en person fra flyktningstatus, er at det i en del tilfeller vil være naturlig med en endring i aktivitetens art og omfang over tid. Vedkommende kan få nye roller i en organisasjon, man blir bedre kjent i miljøet, og det knyttes nye kontakter. Dessuten kan det ta tid å utvikle den tillit som kreves for å inneha viktige og synlige roller og verv. At en slik utvikling anses som *påfallende* fordi man ikke var aktiv på samme måte i hjemlandet, kan få uheldige utslag. I vurderingen må det nødvendigvis ses hen til de faktiske mulighetene for å demonstrere og å være aktiv. Det er lettere å protestere og å være politisk aktiv og kritisk på avstand, når man er trygg fra myndighetenes sanksjoner. Hvorvidt dette er momenter som er vurdert eller ilagt vekt i UNEs vurderinger kommer ikke frem i de publiserte sammendragene.

4.4.2 Særlig om etiopiske asylsøkere

I 2012 ble det inngått en returavtale mellom norske og etiopiske myndigheter, som førte til at antallet omgjøringsbegjæringer fra etiopiske asylsøkere økte betraktelig.¹⁰¹

I både UNEs praksis og i Lagmannsrettspraksis har det blitt lagt til grunn at det er en kjent sak blant etiopiske asylsøkere at politisk aktivitet i Norge kan gi grunnlag for asyl.¹⁰² I disse sakene legges derfor tilsynelatende ekstra stor vekt på at søkerens aktivitet følger det samme sporet som tilsvarende saker, som blir ansett å tale for en opportunistisk hensikt. En utfordring ved å vektlegge et slikt moment, er at man risikerer at prøvingen i større grad vektlegger generelle og felles tendenser, og at dette innebærer en mindre grad av individuell prøving.¹⁰³ Denne utfordringen må man være bevisst i forvaltningen, slik at man sikrer en rettfærdig behandling av søkerne.

¹⁰¹Se uttalelse i LB-2015-156827 ”Antallet omgjøringsbegjæringer fra etiopiske asylsøkere har økt sterkt etter at det i 2012 ble inngått en returavtale med Etiopia”

¹⁰² Se avgjørelse i sak nr N139857527, hvor det fremgår at ”Flertallet mente at klagerens aktivitet og modus var klart endret etter at han fikk avslag og spesielt etter at det ble kjent at norske og etiopiske myndigheter hadde inngått en returavtale”, og LB-2015-156827 hvor det sies at ”Det er vel kjent blant asylsøkere fra Etiopia at politisk aktivitet i Norge kan gi grunnlag for asyl”.

¹⁰³ Se ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 101 om at det skal foreta en konkret vurdering.

I en nemndsavgjørelse fra februar 2015 ble et spørsmål vedrørende anvendelsen av § 28 fjerde ledd ovenfor en etiopisk asylsøker avgjort under dissens.¹⁰⁴ Det var enighet om at det hovedsakelige formålet med aktiviteten vedkommende hadde utført, var å få oppholdstillatelse. Dissensen i saken gikk på hvorvidt vedkommende risikerte forfølgelse ved retur. Flertallet mente at hans politiske aktivitet under tvil ville kunne føre til forfølgelse dersom han returnerte til Etiopia. Mindretallet mente derimot at etiopiske myndigheter er kjent med at denne typen aktivitet utøves med sikte på å få oppholdstillatelse, og dermed at det ikke forelå tilstrekkelig risiko for forfølgelse. Mindretallets argumentasjon i saken er dermed i tråd med UNHCRs gjentatte synspunkt. Her inntas forfølgerens perspektiv på vedkommendes misbrukshandling, og man behøver derfor ikke unnta han fra flyktningstatus, ettersom han ikke oppnår denne statusen i utgangspunktet.

Etter UNHCRs innfallsvinkel

Dersom etiopiske myndigheter er klar over at det utøves aktivitet for å få opphold, vil UNHCRs innfallsvinkel til misbruket kunne anvendes, og føre til det samme resultat som mindretallet kom til i den overnevnte nemdsavgjørelsen. UNHCRs syn er at det ikke vil foreligge en reell fare for forfølgelse i slike tilfeller fordi misbruket vil være synlig for etiopiske myndigheter. Dersom denne innfallsvinkelen hadde vært lagt til grunn vil slike typetilfeller av misbruk regulere seg selv, ved at man ikke oppnår flyktningstatus i utgangspunktet. Forutsetningen her er riktignok at det foreligger opportunistiske hensikter hos søkeren. Etter en misbruksvurdering ut ifra etiopiske myndigheters perspektiv vil det ikke ha betydning at søkeren har et ønske om å få opphold, fordi forfølgelsesrisikoen uansett ikke er reell. Dersom det motsatte var tilfelle, nemlig slik at etiopiske myndigheter *ikke* var klar over at opportunistiske aktiviteter var ustrakt blant etiopiske asylsøkere, ville resultatet derimot kunne bli et annet. Forutsatt at motivet bak handlingene er opportunistisk, så ville den subjektive vurderingen etter norsk rett kunne føre til unntak fra flyktningstatus, mens vurderingen i forfølgerperspektivet til UNHCR ville føre til innvilgelse av flyktningstatus fordi det foreligger forfølgelsesfare.

4.4.3 Unntak på tross av reell overbevisning

En utfordring som oppstår i relasjon til både konvertering og politisk aktivitet *sur place*, er at selv om personens religiøse eller politiske oppfatning anerkjennes som reell, så kan man

¹⁰⁴ Se nemndas avgjørelse med referanse N151295423

likevel unnta vedkommende fra flyktningstatus etter § 28 fjerde ledd annet pkt, dersom man har utøvd en *handling* som fremstår som opportunistisk.

I UNEs praksisnotat legges det til grunn at det ikke kan utelukkes at klageren har en personlig kristen tro, men at *hovedformålet* likevel kan være å få tillatelse.¹⁰⁵ Troen kan etter UNEs mening ha blitt reell etter hvert, og denne utelukker ikke at hovedformålet med konverteringen har vært å få oppholdstillatelse - og omvendt.

Det samme gjør seg gjeldene for politisk oppfatning. I praksis vil ikke en reell personlig oppfatning nødvendigvis tilsi at du har krav på beskyttelse. Man kan fremdeles ha utført en eller flere handlinger av opportunistisk karakter. Således skiller man i praksis mellom hva du mener og hva du gjør, og det er det *hovedsakelige* motivet med handlingen som er avgjørende. Dette innebærer at formålet med handlingen må utgjøre over 50 %. Dersom handlingen anses for å være utøvd med 51 % sikte for å få opphold, og 49 % på bakgrunn av en reell overbevisning, så vil tillatelsen begrenses etter utl § 38 eller 74 j. § 73. Hvis du utøver politisk aktivitet på bakgrunn av både en reell politisk oppfatning, samt et ønske om opphold, er det opp til forvaltningsmyndighetene å avgjøre hvilke av disse to som er mest fremtredende.

Dette skillet reiser flere spørsmål. For det første sier ikke sammendragene i UNEs praksisbase *hvordan* man avgjør at det ene veier mer enn det andre. Det redegjøres ikke for hvorfor man mener at formålet med å få oppholdstillatelse veier tyngre enn den religiøse eller politiske overbevisningen, der det er gjort unntak.

I en sak fra 2013 delte nemnda seg i synspunktet på hvorvidt konverteringen var reell, men det var enighet om at aktiviteten uansett ville føre til forfølgelse.¹⁰⁶ Mens mindretallet mente konverteringen var reell, mente flertallet at dette ikke var tilfelle. Flertallet mente dessuten at det uansett ikke var nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet, da klagerens virksomhet hovedsakelig var utøvd med sikte på å få oppholdstillatelse. Når handlingens formål var opportunistisk, spilte det således ingen rolle hvorvidt konverteringen var reell eller ikke. Det UNE ser ut til å gjøre i dette tilfellet, er å vurdere handlingen isolert. Ettersom handlingen fremstår som opportunistisk i seg selv, så foretas det ingen ytterligere avveining mellom hva som er hovedsakelig av den opportunistiske handlingen og den reelle konverteringen.

¹⁰⁵ UNEs praksisnotat av 23.06.2016 om sur place, se <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/>

¹⁰⁶ Referanse N138889116

Dette synspunktet reiser igjen flere spørsmål hva angår unntakets rekkevidde. For det første må det spørres om det er formålstjenlig å tolke inn et slikt skille i bestemmelsen. Formålet med asylreglene i konvensjonen og i utlendingsloven, er å beskytte folk som har et reelt behov for beskyttelse.¹⁰⁷ Hvis du har en kristen tro, og dette kan føre til forfølgelse i ditt hjemland, så har du krav på beskyttelse, i tråd med konvensjonens formål. Dersom du også utøver *en handling* som for norske utlendingsmyndigheter ”fremstår” som ”i hovedsak” å ha et opportunistisk formål, kan man frata søkeren flyktningstatusen igjen. Formålet med denne unntaksbestemmelsen er å motvirke misbruk av asylinstituttet.¹⁰⁸ Det er vanskelig å se at det kan være tale om *misbruk* der konverteringen eller den politiske oppfatningen er reell, og i slike tilfeller passer misbruksklausulen dårlig.

Et annet spørsmål som oppstår, er om en slik fortolkning og anvendelse av unntaket i det hele tatt kan ha hjemmel i konvensjonens ordlyd.¹⁰⁹ Dette har ikke Høyesterett tatt stilling til i 2017-dommen. Ordlyden i konvensjonen er at hvis man har en ”well-founded fear of being persecuted for reasons of (...) religion (...) or political opinion”. Isolert sett taler ordlyden for at en person som er religiøs, eller som har en bestemt politisk oppfatning, faller inn under konvensjonens beskyttelsesregler. Det er ingenting som tyder på at det kun er konkrete handlinger eller aktiviteter som er vernet etter konvensjonen. En naturlig språklig forståelse av ”opinion” taler for at det er søkerens reelle overbevisning som skal favnes av konvensjonen. Når man omtaler en person som religiøs eller politisk engasjert, er det *oppfatningen* til vedkommende vi snakker om, ikke om vedkommendes handlinger isolert sett. Det kan være vanskelig å fastslå en persons genuine og reelle oppfatning, men i de tilfeller hvor den reelle oppfatningen er fastsatt, er det å trekke unntaket langt når man tolker det til også å favne disse tilfellene.

En slik tolkning av konvensjonens ordlyd vil også samsvare med dens formål, som er å «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».¹¹⁰ En konkret handling er ikke et grunnleggende forhold ved deg, men din personlige tro er dette. Også dette

¹⁰⁷ Se flyktningkonvensjonens forord, samt HR-2017-569-A avsnitt 45 jf. rt. 2012-494 avsnitt 36.

¹⁰⁸ Se ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 101

¹⁰⁹ Her gjelder prinsippene for traktatolking etter Wien-konvensjonen art. 31-33. Av hovedregelen i WK art. 31 fremgår det at en traktat skal 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”.

¹¹⁰ Se note 107

tilsier at det er din reelle overbevisning som er vernet – og at et skille mellom disse to fremstår som kunstig.

Et tredje spørsmål som oppstår i denne sammenheng, er hvorvidt et slikt skille mellom overbevisning og en handling er legitimt i lys av andre rettigheter. Oppgaven er avgrenset mot EMK og det skal derfor ikke gjøres rede for konkrete regler her, men det er verdt å merke seg at nasjonal rett ikke kan ilegge begrensninger på en person som strider imot eksempelvis retten til å stille til valg, foreningsfrihet eller religionsfrihet.¹¹¹ Dermed kan det stilles spørsmålsteget ved om å unnta en reelt kristen person fra flyktningstatus på grunn av en handling, er i strid med deres grunnleggende rettigheter og friheter etter EMK, som også flyktningkonvensjonen skal verne.¹¹²

LB-2014-89067

I denne saken ble skillet mellom politisk overbevisning og utførte handlinger tatt opp i lagmannsretten. Hovedspørsmålet i saken var om søkerens hovedsakelige formål med den politiske aktiviteten var å få opphold etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd. Saken omhandlet en iransk statsborger som fikk innvilget opphold på humanitært grunnlag jf. utl § 38. På bakgrunn av søkerens handlinger etter avslaget hadde det oppstått et beskyttelsesbehov, men unntaksbestemmelsen i utl § 28 fjerde ledd kom til anvendelse.

Fra søkerens side ble det anført at det er vedkommendes reelle oppfatning som er vernet etter utl § 28 fjerde ledd og etter Flyktningkonvensjonens art. 1A. Synspunktet innebærer at man ikke kan unntas på bakgrunn av en handling dersom det ligger et reelt politisk engasjement til grunn. Lagmannsretten mente det ikke kan utelukkes at A har et reelt politisk engasjement, men sier at det likevel er mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med hans politiske handlinger har vært å oppnå oppholdstillatelse. Om den nevnte anførselen ble følgende uttalt:

”Lagmannsretten finner det klart at anførselen ikke kan føre frem. Som påpekt av tingretten er det svært vanskelig å vurdere en persons subjektive oppfatning uten å ta utgangspunkt i objektive ytre holdepunkter. Dette er også lagt til grunn i rettspraksis, jf. blant annet [LB-2013-163116](#) i premiss 2. Lagmannsretten har ovenfor kommet til at hovedmotivasjonen for As politiske engasjement har vært å oppnå oppholdstillatelse i Norge”.

¹¹¹ Se blant annet EMK art. 9 om religionsfrihet, art. 10 om ytringsfrihet, art. 11 om foreningsfrihet.

¹¹² Jf. utlendingsloven § 3

Lagmannsretten vurderer således ikke om det er den genuine oppfatningen til søkeren som er vernet, eller om det i det hele tatt kan foretas et skille mellom et reelt politisk engasjement og en handling. Det slås fast at hans engasjement kan være reelt, men at hovedformålet med engasjementet like fullt har vært å få opphold. Det sies ingenting ytterligere om hvorfor det foretas et slikt skille. Lagmannsretten redegjør ikke for den fremsatte anførselen, men legger til grunn at handlingen han har utøvd er det som kan føre til at han unntas, uten å problematiserer at han antas å ha et reelt politisk engasjement.

Etter UNHCRs innfallsvinkel

Etter UNHCRs fremgangsmåte måtte man vurdert om det var synlig for hjemlandets myndigheter at vedkommende handlet opportunistisk, selv om oppfatningen er reell. I et forfølgerperspektiv vil et slikt skille være vanskelig å foreta. Dersom forfølgeren mener at handlingene er opportunistiske, så vil dette være fordi de ser handlingene som et ønske om å få opphold, og *ikke* som en reell overbevisning. Dersom overbevisningen legges til grunn som reell, er det vanskelig å se for seg at myndigheter som forfølger sine kritikere eller folk med en annen tro, gjør et skille på lik linje med norsk utlendingsforvaltning.

Det som anses som opportunistisk av lagmannsretten i LB-2014-89067, er at hans politiske aktivitet begynte og deretter økte betydelig, først etter at han fikk avslag på asylsøknaden. Han har deltatt i flere demonstrasjoner som har gjort at han har kommet i iranske myndigheters søkelys, og engasjementet fremstår som springende i det at han har vært medlem av en rekke til dels ulike politiske organisasjoner. Dersom saken hadde vært vurdert ut fra UNHCRs kriterier og fremgangsmåte, ville man sett på om det opportunistiske formålet med handlingene var synlig for iranske myndigheter. Dersom formålet var synlig for disse, kan man unnta søkeren fra flyktningstatus fordi det foreligger "circumstances" som tilsier at det ikke foreligger forfølgelsesrisiko jf. Håndbokens art. 96.

Dersom det samtidig legges til grunn at søkeren har et reelt politisk engasjement, er det vanskelig å se at utfallet vil bli det samme. I så fall vil antakelig myndighetene ha grunn til å sanksjonere. Dersom søkerens engasjement er reelt, så er det vanskelig å tenke seg at iranske myndigheter vil foreta det samme skillet som norsk utlendingsforvaltning. Så lenge hans politiske motstand er genuin, så vil antakelig dette gi grunnlag for sanksjoner, uavhengig av om han *også* hadde et opportunistisk formål med handlingene.

4.4.4 Oppsummert om de to tilnæringsmåtene til misbrukstilfeller

Det kan argumenteres for at de to innfallsvinklene som følger av utl § 28 og av UNHCRs uttalelser ikke er veldig forskjellige, og at det ikke spiller noen rolle at vi har en annen tilnærming i norsk rett. Som vist ovenfor vil en rekke saker antakelig få det samme utfallet uavhengig om man legger utlendingsloven § 28 eller UNHCRs innfallsvinkel til grunn.

Hva gjelder tilfeller hvor man skiller mellom reell oppfatning og en eller flere konkrete handlinger, vil det derimot kunne være av stor betydning hva slags fremgangsmåte som anvendes. Det kan ikke tas som en selvfølge at myndigheter som forfølger sine borgere på grunn av deres politiske engasjement eller livssyn, gjør de samme vurderingene som norsk forvaltning i alle tilfeller. Dette innebærer at misbruksvurderingen kan slå ulikt ut i denne typen saker.

Den norske bestemmelsens skjønnsmessige utforming har antakelig betydning for utfallet der bestemmelsen kommer til anvendelse. I statens vurdering av det hovedsakelige formålet ser man at for lite aktivitet ikke gir flyktningstatus, mens det de anser som for mye aktivitet, er misbruk av asylinstituttet. Dette gir uklare skillelinjer i praksis. Det er vanskelig å vite hva som anses for mye eller ikke tilstrekkelig. Når vilkåret dessuten er at formålet ”hovedsakelig” må være opportunistisk, blir vurderingen ytterligere kompleks, og antakelig også mer tilfeldig. Hvis forvaltningen mener at aktiviteten er påfallende stor, og overbevisningen din er reell, kan du likevel unntas hvis det legges til grunn at det opportunistiske formålet med aktiviteten utgjør 51 %. Hvordan denne vektingen skjer i praksis fremgår ikke klart av UNEs offentliggjorte sammendrag.

En innfallsvinkel som UNCHR legger til grunn, vil i alle tilfeller gi andre vilkår og elementer i vurderingen, og følgelig vektlegging av andre momenter og hensyn enn det som følger av dagens norske rettstilstand. Man kan fremdeles anvende en persons opportunistiske hensikter og misbruk som et argument for at flyktningstatus ikke skal innvilges, men i så fall må dette være fordi misbruket har ført til at forfølgelsesrisiko ikke foreligger.

5. Oppsummering

Når det gjelder problemstillingen i del I, er det slått fast av Høyesterett at utl § 28 fjerde ledd annet punktum har hjemmel i flyktningkonvensjonens art. 1A. Resultatet er som vist til

ovenfor, i tråd med de norske rettskildene. I en norsk rettslig kontekst, er det de nasjonale rettskildene som skal veie tyngst. I et rettskildeperspektiv er avgjørelsens begrunnelse likevel ikke helt uproblematisk. Høyesterett ser bort ifra uttalelsen som er gitt på bakgrunn av nasjonale rettskilder, uten at det gjøres rede for hvilke hensyn som ligger til grunn for dette. Ettersom det er tale om en partsuttalelse fra UNHCR, er den gitt helt konkret for å svare på sakens problemstilling, og det er klart at den bør tillegges ildes stor vekt. Dersom en slik uttalelse skal ses bort ifra, må dette begrunnes og synliggjøres i domspremissene. Selve formålet med å tilslutte seg internasjonale regelverk og konvensjoner, er å etterleve disse. Når det i tillegg bes om en partsuttalelse, så er dette fordi en partsuttalelse antas å ha en rettskildeværdi i seg selv. UNHCR er et svært kompetent organ med lang erfaring i å tolke flyktningkonvensjonen, og i lys av uttalelsens konkrete karakter og hensynet til en lojal gjennomføring av konvensjonen, må en avfeiling av en partsuttalelse i nasjonal rett i alle tilfeller begrunnes ytterligere.

Når det gjelder oppgavens del II, er det klart, at fremgangsmåten som legges til grunn, har stor betydning for utfallet i enkelte typer saker. Den norske lovbestemmelsen er vidt og skjønnsmessig uformet, og beror i stor grad på hvordan saken fremstår for den enkelte rettsanvender. Antakelig er det lettere å slå fast hva hjemlandets myndigheter vet, om de er klar over at aktiviteten i det hele tatt utføres, eller om de vet at motivet bak handlingen er opportunistisk, enn en persons subjektive baktanker og motiver med en handling.

På bakgrunn av ordlyden i utl § 28 fjerde ledd annet punktum, er det grunn til å tro at tilfældigheter kan være med på å avgjøre utfallet i en rekke saker. For det første vil de skjønnsmessige vurderingene legge opp til at hver enkelt rettsanvender selv må avgjøre hvordan saken fremstår for vedkommende, og for det andre er dette et rettsområde som er svært politisk preget, og hvor personlige preferanser og standpunkter antakelig vil være med på å prege vurderingene som gjøres.¹¹³ I en rekke saker vil det foreligge stor grad av tvil. Hvilke momenter som vektlegges og om disse går i statens eller saksøkerens favør, er opp til hver enkelt rettsanvender å avgjøre. Dersom regjeringen anvender sin utvidede myndighet til å instruere forvaltningen i bruken av misbruksklausulen, vil dette utvilsomt kunne ha stor betydning for bestemmelsens anvendelsesområde.

¹¹³ Se innledningen punkt 1.3.1 om utvidet instruksjonsmyndighet.

Ved å følge UNHCRs metode og innfallsvinkel til misbrukstilfellene, kunne vi sikret oss mot misbruk av asylinstituttet, samtidig som vi ville fulgt våre folkerettslige forpliktelser og sikret en lojal gjennomføring av konvensjonen.

Litteratur mv.

Litteratur

Arnesen, Finn og Are Stenvik., *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utgave. (Oslo 2009).

Bårdsen, Arnfinn, *Betydningen i norsk rett av FN-komiteens uttalelser i individuelle klagesaker*, (Oslo 2017). Foredrag publisert på <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/art.ikler-og-foredrag/fn-komiteenes-praksis---manus-200217.pdf> (Lenke innhentet 15.05.2017).

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg. ved Jan E. Helgesen, (Oslo 2001).

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

Skoghøy, Jens Edvin A., *Betydningen av uttalelser av menneskeretts- og barnekomitéen*, (Oslo 2016) Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar, publisert på <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/art.ikler-og-foredrag/fn-komiteenes-praksis---manus-200217.pdf>, (Lenke innhentet 15.05.2017).

Vevstad, Vigdis, *Utlendingsloven kommentarutgave*, (Oslo 2010)

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

Lover

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 22. mai 1982 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

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

Lov 17. juni 2005 nr 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

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

Forarbeider

Innst.O.nr.51 (1998-1999), Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

NOU 1993:18, Lovgivning om menneskerettigheter

NOU 2004:20, Ny utlendingslov

Ot.prp. nr 3 (1998-1999), Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

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

Prop 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger).

Internasjonale dokumenter og konvensjoner

FNs Verdenserklæring om menneskerettigheter av 1948 (EMK)

Flyktningkonvensjonen 1951

Wien-konvensjonen om konsulære forhold av 1963.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter av 1966

FN-dokumenter:

General Comment nr. 13 [[GC-1999-13-CESCR](#)]: Uttalelse fra FNs komité for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter.

Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees, Reiuused geneva december 2011. (Håndboken)

EU:

Rådets direktiv 2004/83/EF af 29. april 2004 om fastsettelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse. (EUs statusdirektiv)

Lenker:

UNEs praksisnotat av 23.06.2016 om sur place: <http://www.une.no/no/Praksis2/Notater/Sur-place-Unntak-i-misbrukstilfeller/>, link hentet ut 20.04.2017.

På grunn av oppdatering av nettsidene vil det samme praksisnotatet bli å finne på nye nettsider, se <https://une.no/kildesamling/praksisnotater/sur-place/>

UNEs praksisbase med offentliggjorte avgjørelser fra 2010:

<http://praksis.une.no/CES5/?sk=NyLov>

UNE om praksisbasen: <https://une.no/kildesamling/om-praksisbasen/> (lenke innhentet 31.05.2017)

Retts- og forvaltningsavgjørelser

Norsk rettspraksis:

LB-2014-89067

LB-2013-163116

LB-2014-89067

LB-2015-156827

HR-2017-241-A

HR-2017-569-A

Rt 1991 s. 658

Rt. 2000 s. 1811

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2008 s. 1764

Rt. 2009 s. 1261

Rt. 2010 s. 858

Rt. 2012 s. 139

Rt. 2012 s. 494

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2013 s. 374

Rt. 2015 s. 193

Rt. 2015 s. 1142

Rt. 2015 s. 1467

Rt. 2018 s. 1388

Forvaltningspraksis fra UNEs praksisbase:

Iran:

Referanse: N1433321023

Referanse: N16194739

Referanse: N1408911029

Referanse: N1434591024

Referanse: N1414071024
Referanse: N14092918
Referanse: N14594118
Referanse: N13025787
Referanse: N1478311023
Referanse: N127345425

Etiopia

Referanse: N157324423
Referanse: N14495459
Referanse: N1441501125
Referanse: N150578112
Referanse: N1482171023
Referanse: N158307423
Referanse: N14642327
Referanse: N14789259
Referanse: N14979059
Referanse: N14950036
Referanse: N13074471
Referanse: N13439148
Referanse: N1455631030
Referanse: N152825116
Referanse: 151295423
Referanse: N133909311
Referanse: N16551339
Referanse: N130218828
Referanse: N15904449
Referanse: N139857527
Referanse: N1495459

Referanse: N151295423

Referanse: N151295423

Eritrea:

Referanse: N158849112

Referanse: N10780482

Referanse: N15899749

Referanse: N156882112

Referanse: N106438611

Referanse: N1498471030

Referanse: N14690536

Referanse: N1182511212

Referanse: N1577581216

Referanse: N132991116

Referanse: N169640926

Referanse: N136607123

Referanse: N14475236

Internasjonal rettspraksis:

Salabiaku mot Frankrike (application no. 10519/83)

Pham Hoang mot Frankrike (application no. 13191/87)

Janosevic mot Sverige (application no. 34619/97)

Västberga Taxi Aktiebolag og Vulic mot Sverige (Application no. 36985/97)

Danian v. Secretary of State for the Home Department, CO/30274/97, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, 9 June 1998.