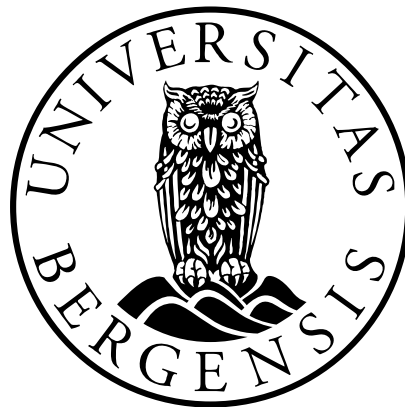


Retten til vern som flyktning sur place

*Strider Norges anvendelse av unntaket i
utlendingsloven § 28 fjerde ledd med våre
folkerettslige forpliktelser?*

Kandidatnummer: 216

Antall ord: 14 855



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

01.06.2017

1	Innledning	4
1.1	Bakgrunn.....	4
1.2	Flyktning sur place: Introduisering og avgrensning av problemstillingen	5
1.3	Avklaring av metodespørsmål	7
1.3.1	Folkerettslig metode.....	7
1.3.2	Folkerettslige forpliktelser i norsk rett.....	10
1.4	Oppgavens struktur	14
2	Norsk lovgivning	14
2.1	Utlendingsloven § 28 fjerde ledd.....	14
2.1.1	Ordlydstolkning av unntaket.....	15
2.1.2	Forarbeidene	16
3	Flyktningkonvensjonen.....	17
3.1	Historisk bakgrunn.....	17
3.2	Flyktningdefinisjonen i art.1 A (2)	18
3.2.1	Nærmere redegjørelse for flyktning sur place	19
3.2.2	Kan det innfortolkes et unntak til retten til vern som flyktning sur place?.....	20
3.2.3	UNHCR sine uttalelser	25
4	Norges anvendelse av unntaksregelen	27
4.1	Innledning	27
4.2	Politisk aktivitet som søkerens ”egne handlinger”	28
4.2.1	LB-2016-42172 - Misbruk.....	28
4.2.2	LB-2015-156827 – Misbruk	29
4.2.3	LB-2015-82716 – Misbruk	29
4.2.4	LB-2014-89067 - Misbruk.....	30
4.2.5	LB-2013-163116 – Ikke misbruk.....	30
4.2.6	TOSLO-2013-142150 – Misbruk	31
4.2.7	Evaluering av dommene	31
4.3	Sammenligning med noen konverteringssaker	35
4.3.1	LB-2015-103771 – Ikke reell konvertering	36
4.3.2	LB-2015-111063 – Ikke reell konvertering	36
4.3.3	LB-2015-119163 – Ikke reell konvertering	37
4.3.4	LB-2014-163199 – Ikke reell konvertering	37
4.3.5	LB-2014-34531 – Ikke reell konvertering	38

4.3.6	LB-2014-91252 – Ikke reell konvertering	38
4.3.7	LB-2013-5389 – Reell konvertering	39
4.3.8	Evaluering av konverteringssakene	39
4.4	Forskjellen mellom domstolenes behandlingsmåte	42
5	Samsvarer norsk praksis med våre folkerettslige forpliktelser?	44
6	Bør den norske lovregelen endres?	46
7	Litteraturliste.....	51

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Problematikken rundt de mange menneskene på flukt har vært mye i nyhetsbildet det siste året. Det har kommet mange flyktninger til Europa, og Norge forsøker å finne ut hvordan vi skal håndtere dette. Norge må på sin side verne om sine interesser og sine innbyggere, og kan ikke ukontrollert innvilge asyl til flyktninger fra ethvert land. På den andre side har enhver flyktning sine individuelle rettigheter nettopp som følge av å være flyktning. Disse rettighetene er nedfelt i FNs konvensjon om flyktnings stilling av 1951 (heretter referert til som "Flyktningkonvensjonen"). Som følge av at Norge ratifiserte denne konvensjonen 7. november 1952, har vi som nasjon en internasjonal forpliktelse til å sikre at enhver flyktning får den beskyttelse og de rettigheter den har krav på etter konvensjonen.

Imidlertid finnes det ikke noe offisielt system som håndhever eller kontrollerer at Norge og andre medlemsland faktisk overholder sine folkerettslige forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen. Dette gjør at det skapes et rom for at medlemsstater kan ha en praksis som ikke er helt i samsvar med de formål Flyktningkonvensjonen var ment å ivareta. Selv om det er medlemsstatene som tolker og anvender Flyktningkonvensjonen, går det likevel en grense for dette, og statene kan ikke tolke bort rettigheter som konvensjonen i utgangspunktet mente å gi flyktningene.

Dette utgjør bakgrunnen for denne oppgaven, hvor det skal foretas en analyse av hvordan Norge i praksis tolker og anvender unntaket i Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (heretter referert til som "utlendingsloven" eller "utlendl.") § 28 fjerde ledd. Praksisen skal vurderes opp mot våre internasjonale forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen, og målet er å konkludere med om Norge har en praksis som samsvarer eller strider med våre folkerettslige forpliktelser.

1.2 Flyktning sur place: Introduisering og avgrensning av problemstillingen

I følge Flyktningkonvensjonen¹ skal ethvert individ som har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller tilhørighet til en bestemt sosial gruppe, anerkjennes som flyktning. Den fulle definisjonen vil bli redegjort for under punkt 3.2. Det klassiske eksempelet på dette vil være at en person på bakgrunn av krig eller regimeskifte i sitt hjemland får en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og dermed flykter til et annet land. Imidlertid er det vel kjent at flyktningdefinisjonen også omfatter de situasjoner hvor beskyttelsesbehovet oppstår etter at flyktingen har forlatt hjemlandet, såkalt flyktning "sur place" (fransk for "på stedet"). Det er denne retten til vern som flyktning sur place som oppgaven skal gå nærmere inn på.

Det finnes både objektiv og subjektiv sur place. Objektiv sur place henviser til at det skjer endringer i hjemlandet mens vedkommende er utenlands, som skaper en reell frykt for forfølgelse. Oppgaven vil imidlertid ikke ta for seg objektiv sur place, men heller fokusere på subjektiv sur place, hvor beskyttelsesbehovet oppstår som følge av søkerens egne handlinger i utlandet. Av praktiske hensyn vil det i oppgaven bli brukt betegnelsen sur place for subjektiv sur place.

Man kan tenke seg en person som har forlatt sitt hjemland uansett grunn, og som i sitt nye land begynner med for eksempel politisk aktivitet, kanskje fordi det er enklere å gjennomføre politisk aktivitet i dette landet enn i hjemlandet. Det politiske engasjementet kan eksempelvis bestå i å kritisere regimet i hjemlandet. Utøvelsen av denne politiske aktiviteten observeres derved av myndighetene i hjemlandet, noe som gjør at det skapes en reell frykt for forfølgelse i hjemlandet ved en eventuell retur. Et slikt scenario vil etter Flyktningkonvensjonen gi vedkommende rett til beskyttelse på bakgrunn av subjektiv sur place.

I norsk rett fremkommer retten til vern som flyktning sur place av utlendingsloven § 28 fjerde ledd. Bestemmelsen angir at søkeren som hovedregel skal anses som flyktning

¹ United Nations Convention relating to the Status of Refugees (1951)

også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren har forlatt hjemlandet og skyldes søkerens egne handlinger. Annet punktum angir videre at det skal gjøres unntak fra hovedregelen om flyktningstatus sur place, dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med søkerens handlinger har vært å få opphold. Unntaket i samme setning angående handlinger som er straffbare etter norsk lov, omfattes ikke av oppgavens problemstilling.

Unntaket i annet punktum er en klausul som er ment for å hindre at asylsøkere misbruker vårt asylinstitutt. Forarbeidene forklarer at asylinstituttet skal gi beskyttelse til personer som har et genuint beskyttelsesbehov, ikke gi fordeler til de som kun har vært motivert av få opphold i Norge².

Det heller problematiske med denne misbruksklausulen er at det ikke fremkommer noe tilsvarende unntak i Flyktningkonvensjonen, og heller ikke i Håndboken til FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR). Det kan derfor stilles spørsmål ved om unntaket er forenelig med Flyktningkonvensjonen og dens flyktningbegrep i forhold til forpliktelsene Norge har påtatt seg ved ratifisering av konvensjonen.

Det er imidlertid på det rene at Norge ikke returnerer søkere som omfattes av denne unntaksbestemmelsen, men heller innvilger dem opphold på humanitært grunnlag (jf. prinsippet om non-refoulement). Imidlertid gir ikke denne oppholdstillatelsen de samme rettigheter som en flyktningstatus, og det er derfor av betydning hvilken oppholdstillatelse en søker blir innvilget. Konvensjonens art.1A (2) og § 28 fjerde ledd gir rett til vern som *flyktning*, og at Norge beskytter mot retur ved opphold på humanitært grunnlag vil dermed ikke unnskyldes en eventuell innskrenkende tolkning av flyktningbegrepet.

På bakgrunn av dette vil det være nødvendig med en undersøkelse av om Norges praksis er i samsvar med de internasjonale forpliktelsene i forhold til Flyktningkonvensjonen.

² Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 101

1.3 Avklaring av metodespørsmål

I denne oppgaven vil både norske og internasjonale regler bli gjennomgått, og på bakgrunn av dette vil metodiske spørsmål avklares. Det vil også her forklares hvordan norske lovregler skal anvendes i forhold til våre internasjonale forpliktelser.

1.3.1 Folkerettslig metode

1.3.1.1 Wien-konvensjonen av 1969

Ved tolkning av Flyktningskonvensjonen og internasjonale konvensjoner er det folkerettslig metode som må anvendes. Vienna Convention on the Law of Treaties (Wien-konvensjonen) av 1969 art.31-33 inneholder allment aksepterte prinsipper om hvordan internasjonale konvensjoner skal tolkes.

Art.31 punkt 1 angir hovedregelen om at en konvensjon 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".

Tolkningen skal dermed ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse ("the ordinary meaning") av ordlyden i konvensjonen. Dette henviser til det partene har blitt enige om. Konvensjonen skal tolkes i samsvar med en alminnelig språklig forståelse, og i god tro ("good faith"). Videre må konvensjonen leses i sammenheng ("in their context"), og bestemmelsene må tolkes i lys av hverandre for å oppnå en indre koherens og harmoni. Konvensjonens ordlyd skal videre tolkes i lys av dens formål ("object and purpose"), slik at formålet effektivt fremmes.

Art.31 punkt 3 (b) angir videre det skal tas i betraktning "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation". Ordlyden "the agreement of the parties regarding its interpretation" henviser til at dersom det foreligger enighet mellom traktatspartene om tolkningen av konvensjonen, kan dette tillegges vekt på linje med den interne konvensjonsteksten. I prinsippet kan dermed ensartet statspraksis være grunnlag for en korrigerende tolkning av ordlyden. Hvor stor grad av enighet som må foreligge er ikke angitt i Wien-

konvensjonen. Med tanke på antallet medlemsstater kan det nok ikke kreves at alle er enige, men det må kunne kreves en ”påviselig, *klart fremherskende praksis*”³.

Oppsummeringsvis kan en dermed si at ordlyden, den indre sammenhengen i konvensjonen, konvensjonens formål og en konsistent rettspraksis fra medlemslandene er sentrale elementer ved tolkning av Flyktningkonvensjonen.

1.3.1.2 Eksistensen av en statlig skjønnsmargin

Det har blitt stilt spørsmål om det etter folkeretten eksisterer en statlig skjønnsmargin ved gjennomføringen av Flyktningkonvensjonen i nasjonal lovgivning og praksis.

Av Wien-konvensjonens tolkningsprinsipper fremkommer det ingenting om at statene har en skjønnsmargin ved gjennomføringen av konvensjonene, noe som i seg selv vil tale mot eksistensen av en slik skjønnsmargin. Dette underbygges av at Flyktningkonvensjonen skal tolkes i lys av sitt formål, jf. Wien-konvensjonen art.31.1. Konvensjonens formål var å skape en felles generell flyktningdefinisjon som statene skulle overholde. Dersom statene individuelt skulle kunne innskrenke eller utvide tolkningen av hva begrepet egentlig omfatter, vil ikke konvensjonen bli praktisert i samsvar med sitt formål.

I Rt.2010.858 avsnitt 37 påpeker Høyesterett at tolkningsspørsmål om Flyktningkonvensjonen må ”avgjøre[s] på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater.” Uttalelsen svarer ikke på spørsmålet om det foreligger en statlig skjønnsmargin, men kan likevel være veiledende i den forstand at domstolene henviser til en uavhengig og selvstendig anvendelse av konvensjonen. En slik anvendelse vil tale mot eksistensen av en statlig skjønnsmargin. Da en statlig skjønnsmargin vil kunne føre til at konvensjonen får forskjellige betydninger i forskjellige land, og slikt sett vil kunne miste sin selvstendighet.

³ Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Bergen 2000, s. 70.

Britiske House of Lords uttalte i Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Adan Regina v. Secretary of State For The Home Department Ex Parte Aitseguer⁴, side 14 og 15 følgende:

“the Refugee Convention must be given an independent meaning derivable from the sources mentioned in articles 31 and 32 and without taking colour from distinctive features of the legal system of any individual contracting state. In principle therefore there can only be one true interpretation of a treaty ...

But in doing so it must search, untrammled by notions of its national legal culture, for the true autonomous and international meaning of the treaty.”

Uttalelsen fra britiske House of Lords henviser til at tolkning av Flyktningkonvensjonen ikke må påvirkes av hvert nasjonalt rettssystem, men heller søke den ekte internasjonale forståelsen av konvensjonen. For å oppnå en ekte internasjonal forståelse, vil en statlig skjønnsmargin i folkeretten ikke være hensiktsmessig. En effektiv anvendelse av folkeretten vil derfor tale mot eksistensen av en statlig skjønnsmargin.

Dette underbygges av Øyen som mener at ”tanken om en statlig skjønnsmargin ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen er stort sett forlatt i dag”⁵, og henviser til oppfatningen om at det er internasjonale prinsipper som må brukes ved fastsettelse av konvensjonens innhold.

Einarsen har også kommet til at utgangspunktet og hovedregelen er at det ikke gjelder noen statlig skjønnsmargin ved tolkningen av flyktningbegrepet i konvensjonen⁶, utenom det som følger av Wien-konvensjonen om vektlegging av ensartet praksis i medlemslandene. Blant annet begrunner han dette fra et kontraktsrettslig synspunkt, ”det er en anomali at en avtalepart, i ettertid, skal kunne innskrenke innholdet i sine egne forpliktelser gjennom en ensidig fastsatt tolkning av avtalen”. Og videre ut fra at læren om ”margin of appreciation” (en statlig skjønnsmargin) heller ikke har blitt omtalt eller fremkommer indirekte av Wien-konvensjonens prinsipper for traktattolkning. Einarsen henviser også til forarbeidene til art.1 i konvensjonen, og at de som utarbeidet

⁴ <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd001219/adan-1.htm>

⁵ Øyvind Dybvik Øyen mfl., *Lærebok i utlendingsrett*, Oslo 2013, s. 40 og 41.

⁶ *Einarsen 2000*, s. 82.

forslaget til konvensjonsteksten forutsatte et ”*folkerettslig autonomt flyktningebegrep* med et presumptivt definerbart felles substansielt innhold, som skulle være *bindende på like fot* for samtlige medlemsstater”⁷.

Ved anvendelse av EMK er det sikker rett at det eksisterer en lære om statens skjønnsmargin (”margin of appreciation”). Det faktum at en statlig skjønnsmargin ikke er opplagt ved Flyktningkonvensjonen eller andre konvensjoner, slik som ved EMK, vil tale mot at det eksisterer en tilsvarende statlig skjønnsmargin i folkeretten.

Hensett til internasjonale tolkningsprinsipper for traktatolkning, rettspraksis og litteratur vil det etter dette ikke sies å eksistere en statlig skjønnsmargin ved tolkning av folkerettslige forpliktelser.

1.3.2 Folkerettslige forpliktelser i norsk rett

I Norge reguleres utlendingers adgang til landet og deres opphold her av utlendingsloven. Forarbeidene⁸ understreker at reglene i loven er utformet med sikte på å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.

Utlendingsloven § 3 angir konkret Norges forhold til Flyktningkonvensjonen og folkeretten. Den forklarer at utlendingsloven skal anvendes ”i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling”. Forarbeidene⁹ utdyper at Norges folkerettslige forpliktelser skal gå foran utlendingsloven dersom det er i utlendingens favør. Dersom det oppstår tolkningstvil, skal det alternativ som hindrer folkerettsbrudd anvendes.

1.3.2.1 UNHCRs håndbok og uttalelser

FNs Høykommissær for flyktninger ble stiftet i 1950 og jobber for flyktingers internasjonale beskyttelse, dens oppgave er å overvåke anvendelsen av Flyktningkonvensjonen. På bakgrunn av at det ikke finnes noe internasjonalt overprøvingsorgan som kan behandle individklager på statens manglende overholdelse

⁷ Einarsen 2000, s. 83.

⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.401.

⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.401.

av forpliktelsene i Flyktningkonvensjonen, blir UNHCR sin overvåkingsfunksjon enda viktigere.

Art.35 i Flyktningkonvensjonen forplikter de kontraherende stater til å samarbeide med Høykommissæren ”in the exercise of its functions”, og ”shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention”. Denne forpliktelsen er også nedfelt i utlendl. § 98, hvor det fremkommer at norske myndigheter *skal* samarbeide med Høykommissæren i samsvar med Flyktningkonvensjonen art.35.

UNHCR har i sitt arbeid utarbeidet en håndbok¹⁰ (heretter referert til som ”Håndboken”), som inneholder prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktnings rettsstilling. Formålet med Håndboken er å gi en praktisk veiledning til konvensjonen, blant annet med hensyn til å fastsette flyktningstatus. I tillegg kommer også UNHCR med øvrige utarbeidede retningslinjer for tolkningen av konvensjonen, særlig i form av diverse ”Guidelines on International Protection” (heretter referert til som ”retningslinjene”). Disse retningslinjene har formelt ikke like stor rettskildemessig vekt som Håndboken, men UNHCR sitt brede erfaringsgrunnlag med konvensjonen og flyktnings stilling tilsier at også disse burde henses ved tolkningen. Dette underbygges av at Høykommissæren i Håndboken¹¹ forklarer at ”These Guidelines complement and update the Handbook and should be read in combination with it”. Retningslinjene komplementerer og oppdaterer altså Håndboken, og UNHCR anser det nødvendig at de leses i sammenheng med Håndboken ved sin anvendelse. Dette gjenspeiler at UNHCR anser Håndboken og retningslinjene som like viktige rettskilder ved anvendelsen av Flyktningkonvensjonen.

Videre kan UNHCR ved henvendelser også komme med innlegg og uttalelser i konkrete saker. Med hensyn til at disse uttalelsene retter seg mot konkrete nasjonale rettsspørsmål vil de imidlertid ha begrenset vekt i forhold til Håndboken og retningslinjene, som går ut til hele verden.

¹⁰ *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*, UNHCR, Reissued Genève 2011, s. 1.

¹¹ UNHCR, *Handbook*, s. 2.

Verken Håndboken eller retningslinjene fra UNHCR er imidlertid juridisk bindende i Norsk rett. Selv om vår tradisjon bygger på at begge disse angir vurderingsmomenter som er relevante for tolkningen av Flyktningkonvensjonen¹², er det likevel varierende hvilken oppmerksomhet de faktisk blir gitt i de konkrete asylsakene. På bakgrunn av at Norge har forpliktet seg til å samarbeide med UNHCR, vil det være nødvendig å stadfeste hvilken vekt Håndboken og retningslinjene faktisk burde ha ved anvendelse av Flyktningkonvensjonen.

I HR-2017-569-A behandlet Høyesterett spørsmålet om misbruksbestemmelsen i § 28 fjerde ledd var i konflikt med Flyktningkonvensjonen art.1 A. UNHCR hadde inngitt et skriftlig innlegg i saken, og mente at misbruksklausulen gikk lenger enn det Flyktningkonvensjonen åpnet for. Høyesterett forklarte at det generelt sett er stor grunn til å legge vekt på UNHCRs syn i flyktningsspørsmål, og henviste til forarbeidenes uttalelse om Håndbokens og retningslinjenes rettskildevikt¹³. Likevel mente retten at UNHCR sin uttalelse i saken ikke kunne veie opp for øvrige rettskilder. Høyesterett uttalte også at UNHCR som høringsinstans hadde avgitt sitt syn for norske myndigheter da misbruksklausulen ble gitt, uten at det førte fram.

Disse uttalelsene gjenspeiler at Norge bevisst har handlet i motsatt retning av UNHCR sitt syn angående retten til vern som flyktning sur place. Selv om uttalelsene fra UNHCR i dommen og forarbeidene var gitt i forbindelse med konkrete nasjonale rettsspørsmål, og rettskildevikten av uttalelsene dermed ikke er så stor, vil en kunne trekke ut de samme standpunktene ved å lese retningslinjene i sammenheng med Håndboken. Det vil derfor være oppsiktsvekkende at både norske myndigheter og Høyesterett bevisst velger å se bort i fra UNHCR sitt syn ved sin anvendelse av flyktningbegrepet. Dette særlig når Flyktningkonvensjonen og norsk lov konkret forplikter Norge til å samarbeide med Høykommissæren. For å etterstrebe at konvensjonen får sin ekte internasjonale forståelse, vil det være naturlig å tillegge Høykommissærens Håndbok og retningslinjer vekt, eller ihvertfall ikke bevisst handle i motsatt retning.

¹² Terje Einarsen, Elin Skar og Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F*, Bergen 2006, s. 8.

¹³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 73.

Det kan herunder trekkes en parallell til Barnekonvensjonen og Barnekomiteens *General Comment No. 14*¹⁴. Kommentarene inneholder anbefalinger om hvordan barnekonvensjonen skal forstås¹⁵, de er generelle og går ut til alle land. Selv om anbefalingene ikke er formelt bindende, gjør komiteens brede erfaring at de likevel har stor autoritet ved anvendelse av konvensjonen. Barnekomiteens kommentarer har dermed en funksjon som kan sammenlignes med UNHCR sin Håndbok og retningslinjer i forhold til Flyktningkonvensjonen. I Rt.2015.93¹⁶ uttalte Høyesterett seg om bruken av *General Comment No. 14* ved tolkningen av Grunnloven og barnekonvensjonen. Retten uttalte at ”Det Barnekomiteen gir uttrykk for her, gjør etter mitt syn *et naturlig utgangspunkt* ved tolkningen av artikkel 3 nr.1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven § 104 andre ledd.” (min utheving).

Overført til foreliggende problemstilling, vil Høyesterett sin uttalelse om Barnekomiteens anbefalinger tale for at også UNHCR sin Håndbok og retningslinjer burde være et ”naturlig utgangspunkt” ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen og de nasjonale rettsregler som er utarbeidet for å samsvare med konvensjonens innhold.

Dette underbygges av forarbeidene¹⁷ hvor departementet understreker at anbefalingene i Håndboken skal ”veie tungt ved norske myndigheters tolkning av Flyktningkonvensjonen”, og når det gjelder anbefalingene om beskyttelse (retningslinjene) ”må utgangspunktet være at utlendingsforvaltningen legger stor vekt på anbefalingene”. Departementet sier også at tiltak vil iverksettes for å oppfølge ”regjeringens målsetting om å føre en flyktningpolitikk som i større grad tar hensyn til UNHCRs anbefalinger”. Uttalelsene sett sammen med våre *lovfestede forpliktelser* etter konvensjonen og utlendingsloven tilsier at UNHCR sine anbefalinger, i Håndboken og retningslinjene, bør være et *naturlig utgangspunkt* ved anvendelse av

¹⁴ Barnekomiteens *General Comment No.14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013.

¹⁵ Arnfinn Bårdsen, ”Norges Høyesterett og ”barnets beste” som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm” i *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei på 70-års dagen 19.februar 2016*, s. 254.

¹⁶ Rt.2015.93 (Maria) avsnitt 64.

¹⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 73.

Flyktningkonvensjonen. En slik tilnærming vil også være til fordel for de kontraherende stater, da det er i medlemslandenes interesse at rettsutviklingen på området er så ensartet som mulig¹⁸.

1.4 Oppgavens struktur

Oppgaven vil først redegjøre for Norges lovgivning, herunder utlendl. § 28 fjerde ledd og unntaket i annet punktum (kapittel 2). Deretter vil det redegjøres for Flyktningkonvensjonen og dens flyktningbegrep, herunder retten til vern som flyktning sur place (kapittel 3). Videre vil det ses på Norges anvendelse av unntaket i § 28 fjerde ledd, og foretas en evaluering av denne (kapittel 4). Det vil derved vurderes om Norges praksis er i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser (kapittel 5). Avslutningsvis vil det bli gitt forslag til endringer Norge eventuelt kan foreta for å tilfredsstille våre folkerettslige forpliktelser (kapittel 6).

2 Norsk lovgivning

2.1 Utlendingsloven § 28 fjerde ledd

Flyktningkonvensjonens flyktningdefinisjon er inkorporert i utlendingsloven § 28. Denne bestemmelsen skal tolkes på samme måte som Flyktningkonvensjonen art. 1A (2). Dersom det likevel skulle oppstå motstrid, skal Flyktningkonvensjonen gå foran, jf. utlendingsloven § 3. Dette betyr i utgangspunktet at vår flyktningdefinisjon også skal omfatte flyktninger sur place, slik som Flyktningkonvensjonen har lagt til rette for.

Utlendingsloven § 28 fjerde ledd inneholder imidlertid en spesifikk regulering av flyktning sur place:

”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.”

¹⁸ *Einarsen/Skar/Vevstad 2006*, s. 8.

I utgangspunktet er denne reguleringen av flyktning sur place helt i samsvar flyktningdefinisjonen som fremkommer av Flyktningkonvensjonen. Imidlertid har fjerde ledd annet punktum et unntak fra retten til vern som flyktning sur place:

”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.”

Et slikt unntak fremkommer ikke av Flyktningkonvensjonen, og nevnes heller ikke i Håndboken. Det vil derfor være nødvendig med en redegjørelse av vårt unntak og norsk anvendelse av det, for å se om dette er forenelig med våre forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen.

2.1.1 Ordlydstolkning av unntaket

For å kartlegge rekkevidden av unntaket, vil det først foretas en ordlydstolkning av selve lovteksten. Først og fremst angir annet punktum at ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen *”skal det særlig legges vekt på”* hva som fremstår som det hovedsakelige formålet. En naturlig språklig forståelse av *”særlig legges vekt på”*, tilsier at det også kan legges vekt på andre momenter enn det som fremkommer av selve lovteksten. I utgangspunktet må derfor unntaket forstås som ganske vidt, da lovteksten ikke egentlig setter noen klare grenser for når det kan gjøres unntak og ikke.

Videre angir annet punktum at det særlig skal legges vekt på om det *”fremstår som mest sannsynlig”* at det *”hovedsakelige formålet”* med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse. Ordlyden av *”fremstår som mest sannsynlig”* henviser til at beviskravet er sannsynlighetsovervekt, hvor motivasjonen må vurderes ut ifra hvordan den oppfattes utad. Det er staten som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Videre tilsier en naturlig forståelse av det *”hovedsakelige formålet”* at det å oppnå oppholdstillatelse må ha vært den største drivkraften bak søkeren sin aktivitet. Ordlyden tilsier at vedkommende kan ha hatt flere formål, hvorav det prinsipale må ha vært oppholdstillatelse.

Ordlyden ”har vært” henviser til vurderingstidspunktet, herunder *når* motivet må ha vært å få oppholdstillatelse. Ordene henviser tilbake til første punktum, og at oppholdstillatelse må ha vært hovedmotivasjonen da handlingene som utløste beskyttelsesbehovet ble utført. Det er altså motivet på tidspunktet for handlingene som har ledet til beskyttelsesbehovet som skal vurderes.

2.1.2 Forarbeidene

Forarbeidene¹⁹ forklarer at subjektiv sur place tilfelle kan deles i to kategorier. En kategori hvor vedkommendes aktivitet er en naturlig forlengelse av dens aktivitet i hjemlandet, såkalt ”bro-tilfelle”. Den andre kategorien består av tilfeller hvor søkerens aktivitet ikke er en naturlig forlengelse av tidligere aktivitet.

Før utlendingsloven av 2008, var norsk praksis at flyktningstatus kun ble gitt ved de såkalte ”bro-tilfellene”. Ved de andre tilfellene ble det ikke innvilget asyl, men heller gitt vern etter utlendl. § 15 første ledd dersom søkeren risikerte forfølgelse ved retur.

Departementet uttaler i forarbeidene²⁰ til den nye utlendingsloven at det ikke er grunn til å kreve at asylsøkerens aktiviteter skal være en naturlig fortsettelse av aktiviteter i hjemlandet for å innvilge flyktningstatus. Det avgjørende må være søkerens beskyttelsesbehov. Dette innebærer at flyktningbegrepet ved den nye loven ble noe utvidet. Imidlertid understreker departementet at utvidelsen av flyktningbegrepet ikke vil gjøre at flere får opphold, idet de personene det gjelder uansett har vern mot retur etter daværende lov § 15 (§ 73 i den nye utlendingsloven).

Imidlertid mener departementet²¹ det må være mulig å ikke gi flyktningstatus dersom det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse. Begrunnelsen er at asylinstituttet skal gi vern til søkere som genuint har et beskyttelsesbehov, og ikke til de som handler motivert av å få opphold. Departementets vurderingsmomenter herunder er om søkeren aldri har vært

¹⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), s. 99.

²⁰ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), s. 100.

²¹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007), s. 101.

politisk engasjert før han kom til Norge, og opptrer ovenfor hjemlandets myndigheter på en måte som skaper en reell frykt for forfølgelse ved retur.

Forarbeidene gjenspeiler at unntakets nærmere innhold og omfang må fastsettes gjennom vurderinger i praksis. Selv om forarbeidene angir noen vurderingsmomenter, er det likevel vanskelig å bevise motivasjonen for noens handlinger. Unntakets skjønnsutforming gir dermed forvaltningen og domstolene stor frihet til å avgjøre hvem som skal omfattes av unntaket og ikke. På bakgrunn av at statene ikke har en skjønnsmargin ved anvendelsen av Flyktningkonvensjonen, bør denne bestemmelsen anvendes med forsiktighet, for å sikre at konvensjonens innhold ikke blir tolket innskrenkende.

De fleste høringsinstansene er positive til at det legges opp til en videre adgang til anerkjennelse av flyktning sur place enn tidligere. UNHCR anerkjenner utfordringene statene står ovenfor i de saker hvor en søkers aktivitet er foretatt med den hensikt å utelukkende skape et asylgrunnlag. Imidlertid understreker Høykommissæren at ”disse utfordringene bør vurderes i tilknytning til konvensjonens krav til forfølgelsesgrunner og forfølgelsesfare, mv., og at det ikke er nødvendig med egne vurderinger av om utlendingen handlet med ”ond vilje”.”

3 Flyktningkonvensjonen

3.1 Historisk bakgrunn

Flyktningkonvensjonen ble skapt for å ivareta menneskerettighetene til flyktningene etter andre verdenskrig. I denne perioden var verden preget av store ødeleggelser og utallige mennesker var på flukt som følge av krigen. Flyktningkonvensjonens formål var å definere flyktnings rettigheter ved å skape en generell flyktningdefinisjon, og få landene til å påta seg ansvar for å beskytte flyktningene i samsvar med konvensjonen. 28.juli 1951 ble Flyktningkonvensjonen vedtatt av FNs generalforsamling, og 22.april 1954 trådte den i kraft²². Norge ratifiserte konvensjonen 7.november 1952. I tillegg til

²² Informasjon om Flyktningkonvensjonen på FN sine hjemmesider - <http://www.fn.no/FN-informasjon/Avtaler/Flyktninger/Flyktningkonvensjonen>

konvensjonen eksisterer også 1967-protokollen om flyktnings rettsstilling. Tilleggsprotokollen komplimenterer Flyktningkonvensjonen og er også ratifisert av Norge. I hovedsak fjerner den det tidsmessige skillet ved 1951 som ble satt i Flyktningkonvensjonen.

3.2 Flyktningdefinisjonen i art.1 A (2)

Definisjonen av flyktning fremkommer av art.1A (2). Definisjonen angir at flyktning er enhver person som "owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country".

Ut i fra denne definisjonen kan en trekke ut fem vilkår for å bli anerkjent som flyktning. Det første vilkåret er at det må foreligge en "well-founded fear of being persecuted", altså en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Ordet "fear" henviser til en subjektiv tilstand hos søkeren, og betyr at situasjonen i hans hjemland primært beror på en vurdering av søkerens utsagn fremfor den rådende situasjonen i landet. Til det subjektive vilkåret er det objektive elementet "well founded" tilføyd, noe som henviser til at objektive omstendigheter må underbygge vedkommendes subjektive oppfatning av frykt. Håndboken²³ forklarer at generelt vil en frykt anses velgrunnet dersom søkeren i *rimelig grad* kan vise at fortsatt opphold i, eller retur til, hjemlandet vil bli uutholdelig for ham av grunner gitt i definisjonen. Om beviskravet spesifiserer avsnitt 196 og 197 at så lenge en søkers redegjørelse fremstår som troverdig, og det ikke finnes gode grunner for det motsatte, skal tvilen komme søkeren til gode. Hensett vanskelighetene med bevisførselen i asylsaker, bør ikke beviskravet være for strengt.

For det andre må det foreligge en velbegrunnet frykt for "being persecuted" i hjemlandet. Flyktningkonvensjonen har ingen definisjon på "persecution". Imidlertid kan det lese ut av art.33 at det alltid vil være "persecution" dersom det foreligger en trussel mot liv eller frihet på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning

²³ UNHCR, *Handbook*, avsnitt 42.

eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe. Forfølgelse vil også foreligge ved andre alvorlige krenkninger av menneskerettigheter basert på de samme grunner.

Det tredje vilkåret henviser til at den velbegrunnede frykten for forfølgelse må relatere seg til "reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion". Vilkaaret henviser til en årsakssammenheng, om at frykten må ha oppstått som en følge av én eller flere av de angitte grunnene. Vilkaaret vil være oppfylt dersom forfølgelsen eller den manglende beskyttelsen skyldes en konvensjonsgrunn.

Det fjerde vilkåret er at vedkommende "is outside the country of his nationality". Ordet "nationality" henviser til personer med statsborgerskap, i motsetning til statsløse personer. Ordlyden "is outside" tilsier at vedkommende må ha krysset en internasjonal grense, noe som utelukker internflyktninger fra definisjonen. Imidlertid må søkerens velgrunnede frykt for forfølgelse alltid være i forhold hans opprinnelige hjemland. Videre henviser "is outside" til at den velbegrunnede frykt for forfølgelse kan ha oppstått mens søkeren er utenfor sitt hjemland. Vedkommende trenger altså ikke å ha forlatt hjemlandet på grunn av velgrunnet frykt, han kan ha forlatt hjemlandet uansett grunn, for så å få en velbegrunnet frykt for forfølgelse på et senere tidspunkt og bli flyktning sur place. Dette vil det redegjøres nærmere for under punkt 3.2.1.

Til slutt må søkeren være "unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country". Vilkaaret henviser til at personen enten er ute av stand til eller er uvillig til å nyte hjemlands beskyttelse. Ordlyden av "unable" refererer til en tilstand søkeren selv ikke har kontroll over, for eksempel en krigstilstand. Videre henviser uttrykket "is unwilling" at vedkommende ikke aksepterer hjemlandets beskyttelse, og dette må være "owing to such fear". Vedkommende kan altså på grunn av sin velbegrunnede frykt være uvillig til å akseptere myndighetenes beskyttelse.

3.2.1 Nærmere redegjørelse for flyktning sur place

Som forklart over omfatter ordlyden "is outside the country of his nationality" tilfeller hvor den velbegrunnede frykten for forfølgelse har oppstått både før og etter at vedkommende har forlatt hjemlandet. Håndboken angir også eksplisitt at vilkaaret "is

outside” skal omfatte tilfeller hvor beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren har forlatt sitt hjemland²⁴.

Håndboken redegjør videre for at en person kan bli flyktning sur place som følge av sine egne handlinger, herunder for eksempel ved å omgås allerede anerkjente flyktninger eller ved å gi uttrykk for sitt politiske syn i oppholdslandet. Om disse handlingene er tilstrekkelige til å gi en velbegrunnet frykt for forfølgelse, må avgjøres ut fra en konkret vurdering av omstendighetene. Håndboken understreker at det særskilt bør tas i betraktning om vedkommende handlinger kan ha blitt kjent for myndighetene i hjemlandet og hvordan handlingene mest sannsynlig vil bli ansett av disse myndighetene.

At sur place flyktninger var ment å omfattes av flyktningdefinisjonen, understrekes også av Einarsen²⁵ og hans forståelse av Flyktningkonvensjonens forarbeider. Da Flyktningkonvensjonen ble utformet synes komiteens tekstforslag å videreføre den prinsipielle likestillingen mellom flyktninger sur place og øvrige internasjonale flyktninger. Dette gjenspeiles av at komiteen i stedet for å ha to alternativ for flyktninger som har forlatt landet, ”has left” og ”is outside”, fant at uttrykket ”is outside” dekket begge kategoriene. Einarsen forklarer at ”formålet med [dette] kan bare ha vært å fange opp flyktninger sur place.” Dette angir han er i samsvar med eksplisitte utsagn i referatene fra Komitéarbeidet, hvor det ble presisert at flyktninger sur place måtte omfattes av konvensjonen.

Det er etter dette klart at flyktninger sur place er omfattet av flyktningdefinisjonen. Imidlertid løser ikke ordlyden i konvensjonen eller Håndboken spørsmålet om det er adgang til å gjøre unntak ved misbrukstilfeller.

3.2.2 Kan det innfortolkes et unntak til retten til vern som flyktning sur place?

Verken ordlyden i Flyktningkonvensjonen eller Håndboken inneholder et tilsvarende unntak som § 28 fjerde ledd. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om konvensjonens

²⁴ UNHCR, *Handbook*, s. 19.

²⁵ *Einarsen 2000*, s. 153.

ordlyd lest i sammenheng med dens formål tilsier at det i visse tilfeller kan være forsvarlig med en innskrenkende tolkning av flyktningbegrepet ved subjektiv sur place.

Ut fra ordlyden ”well founded fear of persecution” vil konvensjonen beskytte de individene som faktisk har en *velgrunnet frykt for forfølgelse*. Videre er konvensjonens formål²⁶ å definere flyktnings juridiske stilling og forsikre at statene gir flyktnings rettigheter de har krav på. Ordlyden og formålet sett sammen vil tale for at personer som i utgangspunktet ikke har behov for beskyttelse, men som åpenbart misbruker konvensjonens vern, ikke er ment å omfattes av dens flyktningdefinisjon. Da konvensjonen ble laget var målet å sikre rettighetene til mennesker på flukt, ikke å legge til rette for at andre kan utnytte seg av disse rettighetene.

Flyktningkonvensjonen tolket i lys av dens formål, vil dermed kunne tilsi at flyktningdefinisjonen omfatter subjektiv sur place flyktnings, med mindre søkerens egne handlinger er et *åpenbart misbruk* av asylretten.

Verken norske forarbeider eller høyesterettsdommer er rettskilder ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen, jf. Wien-konvensjonen, imidlertid kan de anvendes for å eventuelt støtte opp om min forståelse av konvensjonen.

I forarbeidene²⁷ uttaler departementet at ”flyktninginstituttet skal gi beskyttelse til personer med et genuint beskyttelsesbehov, og ikke gi fordeler til personer som kun har vært motivert av et ønske om å oppnå opphold i Norge”. Norske myndigheter har altså forstått konvensjonen slik at den kun beskytter personer med et *genuint* beskyttelsesbehov. En slik forståelse av flyktningdefinisjonen kan imidlertid være enda mer innsnevret enn min formålsbaserte tolkning. Dette fordi en person som ikke har et genuint beskyttelsesbehov, men som likevel søker asyl, ikke nødvendigvis vil anses å ha foretatt et åpenbart misbruk av konvensjonen. Imidlertid vil ikke dette få avgjørende betydning, da det viktigste i denne sammenheng er at norske myndigheter har forstått flyktningdefinisjonen slik at den ihvertfall ikke skal omfatte misbruk. Deres forståelse vil dermed kunne underbygge min formålsbaserte tolkning av konvensjonen.

²⁶ UNHCR, *Handbook*, s. 5 og 6.

²⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 101.

I HR-2017-569-A behandlet Høyesterett som nevnt spørsmålet om misbruksbestemmelsen var i konflikt med Flyktningkonvensjonen. Selv om UNHCR mente bestemmelsen gikk lenger enn konvensjonen åpnet for, mente Høyesterett at bestemmelsens forhistorie og opprinnelige tidsbegrensning ikke omfattet misbrukstilfellene. Da asylsøkeren hadde fått midlertidig oppholdstillatelse og var vernet mot retur, konkluderte domstolen med at misbruksbestemmelsen ikke var i strid med Flyktningkonvensjonen art.1A.

Høyesterett forklarte at UNHCRs standpunkt særlig var begrunnet ut fra vernet mot utsendelse, og at søkeren allerede var vernet mot retur og gitt midlertidig oppholdstillatelse. På tross av Høyesteretts forklaring på hvorfor de ikke vektlegger uttalelsen, gjaldt UNHCR sin uttalelse retten til vern som *flyktning*. Som nevnt tidligere gir disse oppholdstillatelsene forskjellige rettigheter, og at vedkommende var vernet mot retur, vil ikke begrunnet en innskrenket tolkning av flyktningdefinisjonen. En slik tolkningsmåte har ingen holdepunkter i Wien-konvensjonen.

Høyesterett uttalte at konvensjonens formål var 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”²⁸. Retten mente formålet ikke var treffende hvor den hovedsakelige motivasjonen for aktiviteten har vært opphold. Ut i fra dette kan det trekkes ut at norsk Høyesterett mener at Flyktningkonvensjonen ikke var ment å omfatte misbrukstilfeller. Norsk Høyesteretts syn på konvensjonen kan dermed også underbygge min formålsbaserte tolkning av konvensjonen, om at den ikke var ment å beskytte individer som åpenbart misbruker den.

Videre vil det vurderes om det foreligger en konsistent praksis i medlemslandene, som kan gi veiledning om tolkningen av flyktning sur place, jf. Wien-konvensjonen art.31 punkt 3 (b).

²⁸ HR-2017-569-A avsnitt 45.

I *re HB saken*²⁹ fra New Zealand ble det konkludert med at beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen innebærer et implisitt krav til god tro hos søkeren, da konvensjonen var ment å beskytte individer som hadde et genuint behov for internasjonal beskyttelse. New Zealand har etter dette fortsatt å innfortolke et implisitt krav til god tro i flyktningdefinisjonen.

Av hensyn til at flere av domstolene henviser til et krav om god tro, vil det redegjøres for hva et slikt vilkår innebærer. Et krav til ”god tro” henviser til at flyktninger sur place, må ha utført sine handlinger i det nye hjemlandet basert på en ekte vilje til å utføre disse, uten at de er motivert av å få opphold. Dette innebærer at personer som handler bevisst for å skape et asylgrunnlag, uten å egentlig ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, ikke er verdig flyktningstatus. Et slikt vilkår vil dermed være lignende vårt unntak i fjerde ledd, hvor det avgjørende er hva vedkommendes ”hovedsaklige formål” har vært. Imidlertid vil et god tro vilkår gå enda lenger. Dette begrunnes med at ordlyden ”hovedsakelige formål” tillater at oppholdstillatelse har vært et av formålene bak søkerens handlinger, så lenge dette ikke har vært det ”hovedsakelige”. En søker i Norge kan dermed innvilges flyktningstatus selv om han har handlet med et snev av ond tro. Et implisitt krav til god tro som New Zealand har satt opp, vil gjøre det enda strengere å få flyktningstatus. Dette særlig sett i sammenheng med min formålsbaserte tolkning av konvensjonen, om at kun åpenbare misbruk kan unntas fra dens vern.

Videre kom britisk høyesterett i *Danian*³⁰ saken frem til at selv om søkerens troverdighet sannsynligvis var lav, hadde søkeren likevel krav på beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen. Domstolen avviste at konvensjonen inneholdt et implisitt krav til god tro, eller at det var en internasjonal enighet om dette. Resultatet ble at det ikke var adgang til å nekte vedkommende internasjonal beskyttelse i misbrukstilfelle. Domstolen uttalte imidlertid at dommen ikke var ment som et grønt lys til ”falske” asylsøkere.

²⁹ New Zealand R.S.A.A., *Re HB*, 21 September 1994, Refugee Appeal No. 2254/94

³⁰ UK Court of Appeal, *Danian v. Secretary of State for the Home Department* [2000] Imm.A.R. 96 (28 October 1999)

I *Mohammad saken*³¹ avviste den føderale domstol i Australia at Flyktningkonvensjonen inneholdt noe implisitt krav til god tro. Domstolen uttalte at i henhold til Flyktningkonvensjonen kan en ikke nekte flyktningstatus til en person som har skapt en velgrunnet frykt for forfølgelse med sine egne handlinger, uansett om handlingene har vært uredelige. Det ble understreket at selv om en søker i ettertid har foretatt handlinger for å skape et asylgrunnlag, må det avgjørende spørsmålet være om vedkommende har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet. Australia har siden den gang opprettholdt forståelsen av at konvensjonen ikke inneholder noe krav til god tro.

Tysklands administrative høyesterett understrekte i en dom av 18. desember 2008³² at et beskyttelsesbehov skapt av søkeren selv i ettertid ikke burde omfattes av flyktningdefinisjonen, dersom omstendighetene tilsier at kravet oppstod som følge av misbruk av konvensjonen.

Videre har også EU utgitt et direktiv for å fastsette standarder for anerkjennelse av personer med rett på internasjonal beskyttelse³³. Selv om direktivet ikke konkret gjenspeiler medlemslandenes konvensjonspraksis, vil dets innhold likevel reflektere hva medlemslandene mener er en legitim praksis. Direktivets art.5 omhandler flyktningstatus *sur place*, og nummer 1 og 2 angir at det kan gis rett til flyktningstatus i både objektive og subjektive *sur place* tilfeller. Videre angir nummer 3 at i saker hvor asylsøkeren fremsetter en etterfølgende søknad, og vedkommende selv har utløst faren for forfølgelse i hjemlandet med *sur place* aktivitet, kan statene bestemme at det ikke skal gis flyktningstatus. Bestemmelsen kan gjenspeile at medlemsstatenes mener flyktningdefinisjonen kan tolkes innskrenkende ved subjektiv *sur place*. På bakgrunn av at EU har 28 medlemsland og statene mener dette er en legitim praksis, kan det tale for at flyktningdefinisjonen skal tolkes slik.

Det er imidlertid sikkert at EU sine direktiver inneholder minstekrav til beskyttelse, og at det ikke hindrer at statene gir en større beskyttelse enn det direktivet angir. Art.5 nummer 3 er videre utformet som eksplisitt valgfri, noe som innebærer at statene selv

³¹ Minister for Immigration & Multicultural Affairs v Mohammed [2000] FCA 576

³² Bundesverwaltungsgericht: *BVerwG 10 C 27.07*, 18. desember 2008

³³ EUs statusdirektiv, direktiv 2011/95/EU.

kan velge å følge en slik praksis eller ikke. Som det vil bli nevnt senere i oppgaven har blant annet både Sverige og Danmark valgt å ikke la art.5 nr.3 føre til noen unntak i retten til vern som flyktning sur place.

Selv om utformingen av art.5 nr.3 individuelt kan tale for en innskrenket tolkning av flyktningdefinisjonen ved subjektiv sur place, vil det likevel ikke kunne få avgjørende betydning her. Det faktum at bestemmelsen er valgfri, og at medlemsstatene faktisk praktiserer vernet ved flyktning sur place annerledes enn det nr.3 legger opp til, gjør at direktivet etter en helhetsvurdering heller ikke kan gjenspeile noen ensartet statspraksis i EU. Direktivet gjenspeiler ikke den enighet mellom traktatspartene om tolkningen av konvensjonen som Wien-konvensjonen legger til rette for, og direktivet kan derfor ikke tillegges tolkningsvekt på linje med konvensjonsteksten, jf. Wien-konvensjonen art.31 punkt 3 (b).

Etter dette viser medlemslandene seg å vurdere spørsmålene om subjektiv sur place og misbruk av konvensjonen varierende. Det kan imidlertid trekkes ut at landene mener at hensikten til konvensjonen ikke var å beskytte falske asylsøkere, altså individer som åpenbart misbruker konvensjonen. Da dommene utover dette har forskjellige standpunkt, vil det være begrenset hvilken vekt konvensjonsstatenes praksis kan få ved tolkningen av flyktning sur place.

Oppsummeringsvis kan det legges til grunn at Flyktningkonvensjonen selv legitimerer en innskrenket tolkning av flyktningdefinisjonen ved åpenbare misbruk av konvensjonen. Ordlyden av et *åpenbart misbruk* sier noe om bevisbedømmelsen. Et mulig beviskrav herunder vil være at staten må kunne påvise at søkeren *åpenbart* har misbrukt konvensjonen. Eventuelt kan bevisbyrden snus, slik at dersom en søker kan godtgjøre at det er noenlunde sannsynlig at hans sur place aktivitet er genuin, kan det ikke anses å foreligge et åpenbart misbruk.

3.2.3 UNHCR sine uttalelser

Selv om UNHCR sine uttalelser ikke er en formell rettskilde, ble det lagt til grunn i punkt 1.3.2.1 at dens anbefalinger bør være et naturlig utgangspunkt ved anvendelse av

Flyktningkonvensjonen. Ved vurderingen av hvordan flyktning sur place skal forstås vil det derfor ses hen til disse.

I *“Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees”*, uttaler UNHCR at hvor frykten for forfølgelse er resultat av søkerens egne handlinger, vil spørsmålet om troverdighet melde seg, da det kan være grunn til å tro at handlingene er selvtjenende. UNHCR understreker her at det er særlig viktig å vurdere alle detaljene rundt handlingene i lys av sannsynligheten for at det faktisk oppstår en risiko for forfølgelse. Høykommissæren forklarer at det overordnede spørsmålet er om atferden blir kjent for hjemlandets myndigheter, og dens eventuelle reaksjoner. En vurdering av om søkeren er i god tro eller om hans handlinger er en fortsettelse av aktivitet fra hjemlandet kan danne en del av denne analysen, men høykommissæren understreker at disse elementene ikke kan være avgjørende. Det avgjørende må alltid være sannsynligheten for at den fryktede forfølgelse inntreffer, alvorlighetsgraden av denne og om det er relatert til en konvensjonsgrunn.

Videre har UNHCR utgitt retningslinjer for *“Religion-Based Refugee Claims”* og guidance note til *“claims relating to sexual orientation and gender identity”*, hvor det i begge redegjøres for sur place krav. Retningslinjene forklarer at hvor en søkers etterfølgende konvertering eller seksuelle orientering er et resultat av *“self-serving activities”*, og disse handlingene fører til at vedkommende får en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet ved retur, vil internasjonal beskyttelse være påkrevd³⁴. Imidlertid fremkommer at det må foretas en grundig vurdering av omstendighetene, herunder i hvor stor grad handlingene var selvtjenende og ektheten av søkerens handlinger, hvilken type konsekvenser en frykter i hjemlandet, og graden av risiko for forfølgelse. Under enhver omstendighet understrekes at det avgjørende må være konsekvensene ved retur til hjemlandet og den potensielle faren for forfølgelse som rettfærdiggjør flyktningstatus eller annen internasjonal beskyttelse.

³⁴ UNHCR, *Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity*, 2008, s. 17 og 18, og UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims*, s. 12.

I tillegg til disse anbefalingene, har UNHCR uttalt seg flere ganger om subjektiv sur place krav, blant annet som nevnt i forarbeidene³⁵, og i kommentarene til EU sitt statusdirektiv³⁶. Da disse uttalelsene retter seg mot spesifikke regelverk, vil de ha mindre rettskildevekt enn de offisielle retningslinjene, men kan likevel her understreke deres mening i et helhetlig bilde. I deres uttalelser fremkommer det konsekvent at en vurdering av om en søker skal anerkjennes som flyktning, ikke bør bero på en vurdering av om vedkommende har handlet i ”ond tro”. Det bør heller fokuseres på beskyttelsesbehovet og om de øvrige vilkårene for å bli ansett som flyktning er oppfylt, alle forhold tatt i betraktning.

Etter dette er det ingen tvil om at UNHCR mener at retten til flyktning sur place ikke skal bero på hva som har vært motivasjonen til søkeren, men heller på en vurdering av sannsynligheten for at den fryktede forfølgelse inntreffer, alvorlighetsgraden av denne og om det er relatert til en konvensjonsgrunn.

Ut ifra den formålsbaserte tolkningen av konvensjonen, kan den tolkes innskrenkende ved åpenbare misbruk. For å samstemme denne tolkningen med UNHCR sine uttalelser, vil det kunne sies at ved vurderingen av om det foreligger et åpenbart misbruk, ikke skal være avgjørende om vedkommende har handlet i ”ond tro”. Det må heller foretas en bred helhetsvurdering hvor momenter som god tro og om aktiviteten danner en fortsettelse fra hjemlandet er relevante, men hvor det avgjørende må være sannsynligheten for at den fryktede forfølgelse inntreffer, alvorlighetsgraden av denne og om det er relatert til en konvensjonsgrunn.

4 Norges anvendelse av unntaksregelen

4.1 Innledning

I dette kapitlet vil jeg gjennomgå domspraksis for å kartlegge hvordan misbruksklausulen blir anvendt i norsk rett. Mer konkret vil det ses på saker som omhandler søkerens politiske aktivitet og søkerens konvertering. Sakstypene er ikke

³⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 100.

³⁶ UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive*, 2004, s. 17.

valgt ut av et spesielt motiv, men heller fordi det kun var disse søkeresultatene som kom opp i Lovdata.

Av dommene om politisk aktivitet, er det valgt ut de som vurderer misbruksklausulen i § 28 fjerde ledd, og det har blitt gjennomgått alle søkeresultatene fra Lovdata.

Konverteringsdommene vurderer ikke selve misbruksklausulen i fjerde ledd, men gjelder likevel subjektive sur place krav, og blant søkeresultatene har jeg valgt ut de nyeste dommene. Etter gjennomgangen av hver sakstype vil det foretas en evaluering av dommene, hvor det til slutt vil ses på forskjellen mellom behandlingsmåtene.

4.2 Politisk aktivitet som søkerens ”egne handlinger”

Spørsmålet i de følgende sakene er om asylsøkeren har misbrukt asylinstituttet.

Nærmere bestemt er vurderingstemaet om oppholdstillatelse har vært hovedmotivet bak søkerens politiske aktivitet i Norge, slik at det foreligger grunnlag for å nekte flyktningstatus etter § 28 fjerde ledd. Felles for alle dommene er at søkeren har utvist så omfattende politisk aktivitet at den har kommet i hjemlandets søkelys, noe som har skapt en velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur. Det er imidlertid ingen som står i fare for å returneres, da alle uansett er innvilget opphold på humanitært grunnlag etter utlendl. § 38.

4.2.1 LB-2016-42172 - Misbruk

Dommen gjaldt en etiopisk mann som hadde søkt asyl på bakgrunn av hans politiske aktivitet i Etiopia, og som i en senere omgjøringsbegjæring også anførte politisk aktivitet i Norge. Lagmannsretten mente søkeren hadde generelt lav troverdighet, da han hadde forklart seg uriktig om vesentlige forhold i hjemlandet. Videre fant retten at den politiske aktiviteten ble påbegynt etter avslag, og at aktiviteten økte i samsvar med avslagene. Retten mente også saken hadde et mønster en ofte ser i asylsaker fra Etiopia, og konkluderte til at det hovedsakelige formålet med vedkommendes politiske aktivitet i Norge hadde vært å oppnå opphold.

Lagmannsretten nevnte ikke hensynet til Flyktningkonvensjonen eller UNHCR sine anbefalinger.

4.2.2 LB-2015-156827 – Misbruk

Saken gjaldt en mann fra Etiopia som begrunnet sin asylsøknad med politisk aktivitet i Etiopia og Norge. Lagmannsretten fant ikke den politiske aktiviteten i Etiopia bevist, og avviste at det forelå et bro-tilfelle. Imidlertid la den til grunn at den politiske aktiviteten i Norge hadde hatt et relativt stort omfang. Søkerens aktivitet ble videre igangsatt etter avslag, og økte atskillig med avslagene. Sammen med dette la retten vekt på søkerens manglende politiske engasjement i retten, og at tilfellet samsvarte med det en så i andre saker fra Etiopia. Retten konkluderte med at det var sannsynlighetsovervekt for at hovedformålet med aktiviteten var å få opphold i Norge.

I tingrettens dom, TOSLO-2014-205069, ble imidlertid søkeren ansett som flyktning, da det ble påvist et bro-tilfelle. Bro-tilfellet ble sannsynliggjort på grunn av at en anerkjent Etiopia-kjenner mente søkerens politiske aktivitet i Etiopia var sannsynlig.

Lagmannsretten valgte imidlertid ikke å legge denne kildens vurderinger til grunn, men heller Landinfos vurderinger, som mente aktiviteten ikke var sannsynlig. Imidlertid kunne ikke Landinfo utelukke at slik politisk aktivitet kunne ha foregått. Dette gjenspeiler at eksistensen av et bro-tilfelle fikk avgjørende betydning for resultatet.

Verken tingretten eller lagmannsretten nevnte heller her hensynet til Flyktningkonvensjonen eller UNHCR sine anbefalinger.

Denne lagmannsrettsdommen ble anket, og delvis ble anken nektet fremmet. Anken ble fremmet for så vidt gjaldt spørsmålet om utlendingsloven § 28 fjerde ledd var i overenstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser. Denne anken resulterte i HR-2017-569-A, som har blitt kommentert ovenfor.

4.2.3 LB-2015-82716 – Misbruk

Dommen omhandlet en Etiopier som søkte asyl i Norge basert på hans homoseksualitet og politisk aktivitet i Etiopia. I en senere omgjøringsbegjæring ble også politisk aktivitet i Norge anført. I bevisvurderingen ble søkerens troverdighet svekket på grunn av uriktig forklaring angående tiden i Etiopia, blant annet ble ikke homofilien trodd. Lagmannsretten fant det imidlertid bevist at søkeren hadde utvist en utstrakt politisk aktivitet i Norge over en lang periode, som også startet før UDI traff sitt avslag.

Imidlertid la retten vekt på at vedkommende ikke kunne redegjøre nærmere for sine politiske motiver, at han hadde unnlatt å forlate landet selv om han fikk avslag med utreiseplikt i 2007, og at han hadde skiftet politisk holdning. Retten kom under sterk tvil til at hovedmotivet for den politiske aktiviteten var å få opphold. UNEs bevisvurdering ble også tillagt vekt, hensett deres brede erfaringsgrunnlag. Dommen var så tvilsom bevismessig at partene måtte dekke egne sakskostnader.

Lagmannsretten nevnte heller ikke i denne dommen hensynet til Flyktningkonvensjonen eller UNHCR sine anbefalinger.

4.2.4 LB-2014-89067 - Misbruk

Saken gjaldt en kurder fra Iran som hadde søkt asyl på bakgrunn av politisk aktivitet i hjemlandet, i senere omgjøringsbegjæring ble det også anført politisk aktivitet i Norge. I bevisvurderingen la ikke lagmannsretten til grunn søkerens historie fra hjemlandet, og mente han hadde svekket troverdighet. Angående søkerens politiske aktiviteter i Norge, så ikke lagmannsretten bort fra at søkeren faktisk hadde et politisk engasjement.

Imidlertid konkluderte den med at oppholdstillatelse var søkerens hovedsakelige formål. Retten begrunnet dette med at den politiske aktiviteten ble påbegynt etter avslag, at vedkommende totalt endret politisk syn, og at saken fremstod som konstruert for å få opphold. Retten underbygget dette med det faktum at søkeren og familien forsøkte å forlate Norge i den første tiden for å få opphold i andre land.

I denne saken gjennomgikk også lagmannsretten om UNEs anvendelse av § 28 ledd fjerde ledd var i strid med Flyktningkonvensjonen art.1 A (2). Imidlertid foretok ikke domstolen noen omfattende vurdering av påstanden. Domstolen la avgjørende vekt på forarbeidene til utlendingsloven 1988 og en dom fra 1991, og avviste påstanden ganske raskt basert på disse.

4.2.5 LB-2013-163116 – Ikke misbruk

En kurder fra Iran hadde søkt asyl i Norge og begrunnet dette med sin politiske aktivitet i Iran. I en senere omgjøringsbegjæring ble det også anført politisk aktivitet i Norge.

Lagmannsretten fant det bevist at søkeren var politisk aktiv i Iran, og mente vedkommende redegjorde godt for sine politiske syn. Selv om den politiske aktiviteten i

Norge ble sterkere etter UNEs negative vedtak, mente retten dette kunne forklares med søkerens daværende bosituasjon og adgang til å utføre aktivitet. På bakgrunn av vedkommendes utstrakte aktivitet mente retten at det ikke var sannsynliggjort at opphold var hovedmotivet for hans politiske engasjement. Imidlertid kunne det ikke utelukkes at opphold hadde vært en del av søkerens motiv. Retten konkluderte med at det ikke forelå misbruk.

Lagmannsretten nevnte ikke hensynet til Flyktningkonvensjonen eller UNHCRs anbefalinger.

4.2.6 TOSLO-2013-142150 – Misbruk

Dommen gjaldt en etiopisk mann som hadde søkt asyl i Danmark før han kom til Norge. Vedkommende anførte forskjellige asylgrunnlaget i landene, men i Norge ble det gjort gjeldende politisk aktivitet i Etiopia og i Danmark, senere ble det også anført politisk aktivitet i Norge. Tingretten la til grunn at søkeren hadde oppgitt forskjellig informasjon til danske og norske myndigheter, og fant det ikke bevist at han utviste politisk aktivitet i Etiopia. Søkeren hadde imidlertid utvist omfattende politisk engasjement i Norge, et engasjement som også kom til uttrykk i retten. Selv om flere vitneutsagn underbygget dette engasjementet, fant retten det mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med å engasjere seg politisk var å få opphold i Norge. Tingretten konkluderte med misbruk.

Heller ikke i denne dommen ble hensynet til Flyktningkonvensjonen eller UNHCR nevnt.

4.2.7 Evaluering av dommene

Etter å ha gjennomgått rettspraksis hvor misbruksklausulen i fjerde ledd blir vurdert, er den generelle oppfatningen at domstolene aldri ser hen til selve Flyktningkonvensjonen eller UNHCR sin Håndbok ved fastsettelsen av en søkers rettigheter etter § 28 fjerde ledd. Etter min mening kan det synes oppsiktsvekkende, særlig med tanke på at sakene gjelder et unntak som ikke finnes i Flyktningkonvensjonen, og at UNHCR uttrykker skepsis til unntaket i de samme forarbeidene som domstolene i sine rettslige vurderinger viser til.

Utlendl. § 3 presiserer at Flyktningkonvensjonen skal gå foran utlendingsloven ved tolkningstvil. Bestemmelsen betyr at domstolene ikke kan tolke utlendingsloven slik at individet blir tillagt mindre rettigheter enn konvensjonen gir uttrykk for. På bakgrunn av at unntaket ikke finnes i Flyktningkonvensjonen og at vi er på et område for sektormonisme, bør domstolene vise til at unntaket må anvendes med forsiktighet for ikke å overkjøre våre folkerettslige forpliktelser. Etter min mening er det uforsvarlig at ingen av domstolene ser til denne problematikken. Kritikken blir enda større i de tvilsomme sakene, hvor Flyktningkonvensjonen vil tale til fordel for søkeren, og da egentlig skal gå foran norsk lov, jf. § 3.

Dommene gjenspeiler videre at eksistensen av et bro-tilfelle har avgjørende betydning. Ingen av dommene har innvilget asyl dersom en søker har påbegynt sin politiske aktivitet først i Norge. Dette kan imidlertid anses oppsiktsvekkende, da forarbeidene³⁷ klart uttaler at det etter den nye utlendingsloven ”ikke er grunn til å kreve at søkerens aktiviteter er en naturlig fortsettelse av aktiviteter i hjemlandet”, og at det avgjørende må være beskyttelsesbehovet. En forlenget aktivitet kan være med på å underbygge en søkers generelle politiske engasjement, men skal ikke være avgjørende. På bakgrunn av dette burde domstolene foreta bredere vurderinger av beskyttelsesbehovet når den politiske aktiviteten er påbegynt i Norge, uten at eksistensen av et bro-tilfelle skal ha avgjørende vekt. Det fremstår imidlertid ikke som om domstolene vurderer beskyttelsesbehovet på denne måten i det hele tatt.

Særlig bør argumentet om bro-tilfelle anvendes med forsiktighet i sakene hvor to anerkjente kilder har forskjellig oppfatning om landinformasjon og den politiske aktiviteten i et land. Avgjørelsen av om det foreligger et bro-tilfelle blir da foretatt på et usikkert faktisk grunnlag, noe som tilsier at det ikke bør veie mye i en helhetsvurdering. Det bør da heller ses til andre ytre momenter som kan underbygge sakens spørsmål.

Videre gir alle dommene uttrykk for at dersom den politiske aktiviteten har startet etter avslag, og øker med avslagene, legges utelukkende til grunn at hovedmotivet bak aktiviteten har vært å få opphold, med mindre det kan påvises et bro-tilfelle. Domstolene mener det gir uttrykk for å ”konstruere” en asylsak. Selv om disse ytre

³⁷ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 100

momentene vil kunne si noe om hvordan vedkommendes politiske engasjement oppfattes, er det oppsiktsvekkende at de alltid skal tale mot søkeren. Etter min mening presiserer ikke domstolene tilstrekkelig de motstående og viktige hensynene i en slik sammenheng.

Herunder er det viktig å tenke på muligheten en utlending har til å utføre politisk aktivitet rett etter ankomst til et nytt land, asylmottakets plassering i landet, og omgangskretsen en etterhvert skaper seg. Å være utlending i ett nytt land er ikke enkelt, Håndboken minner på at ”an applicant for refugee status is normally in a particular vulnerable situation. He finds himself in an alien environment and may experience serious difficulties, technical and psychological, in submitting his case to the authorities of a foreign country, often in a language not his own”³⁸. Uttalelsen omhandler behandling av en persons søknad, og understreker at saksbehandlere må ha forståelse for vedkommendes særskilte vanskeligheter og behov. Den kan imidlertid også gjenspeile at UNHCR anerkjenner de generelle vanskeligheter ved ankomst til et nytt land. Hensett til disse byrder, bør det ikke utelukkende tale mot en søker at det har tatt tid å finne seg et miljø og en politisk omgangskrets. Imidlertid gir domspraksis inntrykk av at jo lengere tid det har tatt før en søkers politiske aktivitet er igangsatt, jo mer taler det for at hans hovedmotivasjon har vært å få opphold.

Ikke minst burde domstolene trekke inn retten til ytringsfrihet. Det er en menneskerettighet for ethvert individ å kunne ytre sine politiske meninger. En av hensiktene bak subjektiv sur place er nettopp at søkeren skal kunne nyte av blant annet ytringsfriheten som menneskerett, og det anses merkverdig at en slik nytelse av menneskerettighetene nesten uten unntak skal tale mot en søker. Dette underbygges av Vevstad som skriver, ”forvaltningen bør formentlig konsentrere seg om de klare misbrukstilfellene ... Hovedregelen skal være at det gis asyl i de subjektive sur place tilfellene. Hvis ikke, risikerer man å mistenkeliggjøre personer som på ordinært vis utøver alminnelige menneskerettigheter som ytringsfrihet og religionsfrihet, uten misbrukshensikt”³⁹. Dommene synes imidlertid å bruke nytelse av menneskeretten mot

³⁸ UNHCR, *Handbook*, s. 37

³⁹ Vigdis Vevstad, *Utlendingsloven - Kommentartutgave*, Oslo 2010, s. 209

søkerne, da det utelukkende taler mot dem at den politiske aktiviteten har startet på et senere tidspunkt.

Videre er det en gjenganger at domstolene henviser til argumentet om at saken ligner det en ofte ser i asylsaker, og at det derfor taler for at hovedmotivasjonen bak aktiviteten har vært å få opphold. Selv om dette argumentet kan være med å støtte opp under en konklusjon, bør ikke argumentet tillegges en selvstendig vekt, da det i teorien ikke sier noe som helst om vedkommendes motivasjon. Domstolene bør være forsiktige med å se hen til dette argumentet, da det kan komme i fare for å skape en ond sirkel, hvor lignende saker alltid blir ansett for en konstruksjon av en asylsak.

Domstolene ser i sakene også hen til søkerens evne til å redegjøre for sitt politiske engasjement i retten. Generelt vil måten en person uttrykker og forklarer seg på kunne bety mye for en vurdering av dens egentlige motivasjon. Imidlertid er det også sikkert at noen har lettere for å uttrykke seg enn andre, og særlig i en presset og uvant situasjon som i en rettsak, noe domstolene som regel også nevner. Imidlertid er det usikkert om domstolene faktisk tar hensyn til søkerens forskjellige personlige utgangspunkt i sine vurderinger. Einarsen skriver ”noen er høyt utdannet og/eller gode til å snakke for seg under stress, andre er analfabeter, nervøse eller svært ordknappe; noen har flyktet før de har blitt utsatt for alvorlige overgrep, andre har opplevd helvete på jord, men kan ha vidt forskjellig terskel for å fortelle til andre om overgrep. Torturofre eller kvinner som blir avhørt av politimenn, kan f.eks. normalt ikke forventes å ville gå i detaljer, enn si i det hele tatt nevne noe om slike krenkelser i det første avhøret. Noen søkere er dessuten mentalt redusert eller sinnslidende, mens andre er barn i forskjellig alder.”⁴⁰ Det vil derfor være å forvente at domstolen tar hensyn til dette. Momentet må nok uansett alltid ses i sammenheng med sakens øvrige argumenter. Imidlertid vil det være oppsiktsvekkende å ikke legge tilsvarende vekt på evnen til å forklare seg, dersom det er til fordel for søkeren.

Etter de gjennomgåtte dommene kan det virke som at i de tilfeller hvor vedkommende ikke klarer å uttrykke sitt politiske engasjement, bruker retten dette utelukkende mot at søkeren har et genuint politisk engasjement. I de sakene hvor vedkommende derimot

⁴⁰ *Einarsen 2000*, side 468.

overbevisende redegjør for sitt politiske syn, synes domstolene å legge varierende vekt på dette. Dersom det foreligger et bro-tilfelle vil en overbevisende redegjørelse tale sterkt for et genuint politisk engasjement. Imidlertid hvor det ikke foreligger et bro-tilfelle og aktiviteten har økt med avslagene, fremstår det som om at domstolen ikke tillegger dette tilsvarende vekt. Etter min mening synes dette merkverdig, ettersom momentet i alle fall burde veie like mye når det er til fordel for søkeren.

Videre gir dommene uttrykk for at domstolene ofte støtter seg til UNE sine vurderinger, uten å stille videre spørsmål til disse, herunder trekkes ikke individets ukrenkelige rettigheter etter konvensjonen inn. Det er på det rene at forvaltningsmyndighetene har en spesiell kompetanse på området, og at Høyesterett har lagt til grunn at domstolene bør utvise tilbakeholdenhet med å overprøve UNEs vedtak⁴¹. Det vil imidlertid være nødvendig at domstolene foretar uavhengige vurderinger, særlig siden dette er et område hvor Norge har forpliktet seg internasjonalt til å sikre flyktnings rettigheter. Dette gjenspeiles særlig hvor landinfos informasjon faktisk kan tviles på, som i LB-2015-156827. I dommene kan det derfor fremstå som om at asylsøkerne ikke alltid får en selvstendig og ny prøving av sin sak, noe som er kritikkverdig i forhold til de rettighetene konvensjonen er ment å sikre dem.

Oppsummert gir domspraksis om sur place ved politisk aktivitet uttrykk for at søkerens rettigheter i henhold til Flyktningkonvensjonen ikke blir satt i sentrum, heller tvert i mot. Det er heller de faste argumentene som eksistensen av et bro-tilfelle, at en aktivitet har startet etter avslag, og økt med avslagene som er avgjørende ved vurderingen av hva en søkers hovedsakelige formål har vært.

4.3 Sammenligning med noen konverteringssaker

Når det gjelder konverteringssakene, vurderes disse på en annen måte enn sakene om politisk aktivitet. I begge sakstypene er søkerens beskyttelsesbehov utledet av egne handlinger i Norge, og gir således uttrykk for sur place krav. Ved politisk aktivitet er imidlertid aktiviteten allerede foretatt og forfølgelsesfaren i hjemlandet oppstått. Dette i motsetning til konverteringssakene, hvor forfølgelsesfaren i hjemlandet beror på om

⁴¹ Rt.2015.1388 avsnitt 247.

konverteringen er reell eller ikke. Dersom konverteringen er reell, har søkeren en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet. Dersom konverteringen derimot ikke er reell, men motivert av opphold, har vedkommende ikke en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet. Selv om spørsmålet i praksis er det samme, om en søker skal innvilges flyktningstatus som følge av sur place aktivitet, henter konverteringssakene sitt konkrete vurderingstema ut fra første ledd. Vurderingen blir inkorporert i vurderingen av om det foreligger ”velbegrunnet frykt for forfølgelse”, i stedet for å basere seg direkte på ordlyden i § 28 fjerde ledd. Dette gjør at vurderingene blir noe annerledes, noe som vil kommenteres under punkt 4.4.

Spørsmålet for retten i de følgende sakene er dermed om en søkers konvertering er reell, eller om konverteringen har vært motivert av å få opphold i Norge.

4.3.1 LB-2015-103771 – Ikke reell konvertering

Saken omhandlet en afghaner som søkte asyl i Norge på bakgrunn av frykt for forfølgelse i hjemlandet. Etter flere avslag, ble det begjært omgjøring på bakgrunn av konvertering til kristendommen i Norge. Lagmannsretten begynte med å henvise til UNHCR sine utarbeidede retningslinjer om bevisvurderinger i konvertittsaker. Retten viste videre til det statistiske materialet, om antallet afghanere som konverterer, noe som talte mot at konverteringen var reell.

I vurderingen la domstolen videre til grunn at søkeren hadde sterkt svekket troverdighet, blant annet fordi hans forklaring hadde endret seg mye underveis. Retten mente vitneutsagn og omfanget av vedkommendes religiøse aktivitet talte for at konverteringen var reell. Imidlertid kunne ikke disse momentene tillegges avgjørende vekt. Da dåpen hadde skjedd etter kort tid, og søkeren ikke virket særlig reflektert over konverteringen, konkluderte retten med at det ikke var noenlunde sannsynlig at konverteringen var reell.

4.3.2 LB-2015-111063 – Ikke reell konvertering

Dommen omhandlet en afghaner som hadde anført forfølgelsesfare i hjemlandet som asylgrunnlag. I senere klage over avslag, ble det anført konvertering til kristendommen i Norge.

Lagmannsretten la til grunn at søkeren hadde svekket troverdighet som følger av at han hadde oppgitt uriktige opplysninger og påbygd sin historie underveis. Dette førte til at det svekkede beviskravet, om at asylhistorien skal legges til grunn dersom den er noenlunde sannsynlig, ikke ble anvendt. Beviskravet ble heller vurdert til å ligge noe under et krav om alminnelig sannsynlighetsovervekt.

Retten henviste i sin vurdering til UNHCR sine retningslinjer om bevisvurdering i konvertittsaker, og til det statistiske materialet.

Konverteringen fant sted mellom UDIs avslag og UNES behandling av klagen på avslaget, noe som talte mot at den var reell. Vitneutsagnene talte isolert sett for at konverteringen var reell. Imidlertid mente retten søkeren ikke hadde reflektert tilstrekkelig over konsekvensene av konverteringen, og tok i betraktning at forklaringen ble gitt over en dårlig telefonforbindelse fra Afghanistan. Retten konkluderte med at konverteringen ikke var reell, hvor troverdigheten, tidspunktet for konverteringen, den korte konverteringsprosessen, og søkerens manglende refleksjon var de avgjørende momenter.

4.3.3 LB-2015-119163 – Ikke reell konvertering

Saken gjaldt en afghaner som søkte asyl i Norge på bakgrunn av den generelt usikre sikkerhetssituasjonen i Afghanistan. I en senere omgjøringsbegjæring ble det forklart at vedkommende hadde konvertert til kristendommen.

Lagmannsretten fant at afghanerens handlemåte var resultat av strategisk tenkning, noe som svekket hans troverdighet. Videre mente retten at søkerens forklaring ikke gjenspeilet en kristen overbevisning. Saken lignet også andre asylsøkeres forklaringer om samme asylgrunnlag. Lagmannsretten konkluderte med at det ikke var noenlunde sannsynlig at søkeren hadde foretatt en reel konvertering.

4.3.4 LB-2014-163199 – Ikke reell konvertering

Dommen omhandlet en somalier som søkte asyl i Norge på bakgrunn av frykt for uroligheter i hjemlandet. I en omgjøringsbegjæring ble det lagt fram at søkeren hadde

konvertert til kristendommen i Norge. I gjennomgangen av vurderingsmomentene, henviste lagmannsretten til UNHCRs retningslinjer om bevisvurdering i konvertittsaker.

Lagmannsretten la til grunn at søkerens kristelige aktiviteter hadde vært relativt beskjedne, og at han hadde manglende kjennskap til kristendommen. Det hadde også vært en gradvis endring i hans forklaring som lagmannsretten mente svekket hans troverdighet. Retten konkluderte med at det ikke var noenlunde sannsynlig at konverteringen var reell.

4.3.5 LB-2014-34531 – Ikke reell konvertering

Saken gjaldt en mann fra Afghanistan som søkte asyl i Norge på bakgrunn av frykt for sitt liv i hjemlandet. I senere klage på avslag ble det anført konvertering til kristendommen. Ved sin gjennomgang av relevante vurderingsmomenter, trakk lagmannsretten fram retningslinjene fra UNHCR.

Angående den konkrete vurderingen mente lagmannsretten at det gikk forholdsvis kort tid før søkeren lot seg døpe. Imidlertid hadde han deltatt omfattende i menigheter og andre kristne fellesskap, noe som talte for at konverteringen var reell. Imidlertid la retten til grunn at refleksjonsnivået rundt konverteringen var relativt lavt både på dåps- og vedtakstidspunktet. Videre så den på at refleksjonene var lik andre forklaringer fra lignende asylsaker, og at troverdigheten til søkeren var lav. Retten konkluderte med at det ikke var noenlunde sannsynlig at konverteringen er reell.

4.3.6 LB-2014-91252 – Ikke reell konvertering

Dommen omhandlet en afghansk statsborger som søkte arbeidstillatelse i Norge på bakgrunn av familiegjenforening. Søknaden ble avslått. Noen år senere kom vedkommende til Norge og søkte asyl på bakgrunn av situasjonen i hjemlandet. I senere klage på vedtak ble det anført konvertering til kristendommen i Norge.

Lagmannsretten gjennomgikk i sine rettslige utgangspunkter retningslinjene fra UNHCR om bevisvurderingen i konverteringssaker.

I bevisvurderingen mente lagmannsretten at forklaringene til søkeren var selvmotsigende, mangelfulle og ukorrekte, noe som svekket hans troverdighet. Retten mente videre hans handlingsmønster gjenspeilet en stor vilje til å etablere et nytt asylgrunnlag, og at han var lite reflektert rundt konverteringen. Dåpen hadde også skjedd etter kort tid. Selv om søkerens egen forklaring, vitneprov og hans aktivitet i kristne forsamlinger isolert talte for en reell kristen overbevisning, veide ikke det opp for hans strategiske handlemåte og hans svekkede troverdighet. Retten konkluderte med at det ikke var noenlunde sannsynlig at konverteringen var reell.

4.3.7 LB-2013-5389 – Reell konvertering

Dommen gjaldt en mann fra Afghanistan som hadde søkt asyl på bakgrunn av forfølgelse i hjemlandet. Senere ble det anført at søkeren hadde konvertert til kristendommen i Norge, noe som førte til at søkeren fikk oppholdstillatelse. På bakgrunn av et senere ekteskap på afghansk vis ble imidlertid oppholdstillatelsen tilbakekalt, da utlendingsnemnda mente han likevel ikke hadde konvertert. Spørsmålet for lagmannsretten var dermed om konverteringen var reell eller foretatt for å få opphold.

I den konkrete bevisvurderingen mente lagmannsretten at søkeren hadde svekket troverdighet på bakgrunn av uriktige opplysninger. Imidlertid la retten til grunn at hans troverdighet angående konverteringen var større. Mange vitneutsagn underbygget dette, særlig vitneutsagnene fra et ektepar søkeren hadde bodd hos. Lagmannsretten mente det inngåtte afghanske ekteskapet talte mot en reell konvertering, men den kunne likevel ikke utelukke at søkerens forklaring på ekteskapet faktisk var sannsynlig. Det statistiske materialet talte på sin side mot søkeren. Lagmannsretten anså saken vanskelig, men kom på bakgrunn av søkerens forholdsvis troverdige forklaring og vitneutsagnene, frem til at søkerens kristne overbevisning var noenlunde sannsynlig.

4.3.8 Evaluering av konverteringssakene

Gjennomgangen gjenspeiler at domstolene i konverteringssakene anvender UNHCR sine retningslinjer som utgangspunkt ved vurderingen av om en konvertering er reell. Nesten i alle gjennomgåtte saker henvises til høykommissærens retningslinjer om "Religion-Based Refugee Claims". Av syv dommer, er det kun to som ikke henviser til

UNHCR. I sakene hvor UNHCR ikke blir vist til, er det uansett de samme vurderingsmomentene som blir anvendt.

Ingen av dommene henviser imidlertid til selve Flyktningkonvensjonen og flyktningenes rettigheter i forhold til denne. På den andre side gjenspeiler henvisningene til UNHCR at domstolene generelt i disse sakene søker å foreta vurderinger som er i samsvar med Høykommissærens anbefalinger.

I de fleste av dommene har det vært problemer med troverdigheten som har gjort at søkeren ikke blir trodd for sin konvertering. I UNHCR sine retningslinjer fremkommer at dette er ett av problemene med etterfølgende konvertering⁴². Andre momenter som domstolene ser på er hvordan vedkommende fikk vite om religionen, tidspunktet for konverteringen, hans reflektering rundt konverteringen, religiøse aktivitet i den nye menigheten, og det statistiske materialet. Alle disse momentene bortsett fra det statistiske materialet er momenter som UNHCR angir i sine retningslinjer. At domstolene vektlegger disse elementene i sine vurderinger, vil derfor anses som legitimt hensett retningslinjene fra UNHCR.

At domstolene vektlegger det statistiske materialet vil det kunne stilles spørsmål til. Som regel foretar domstolene en mer kritisk vurdering på bakgrunn av at mange søkere i en viss situasjon påberoper seg konvertering som asylgrunnlag. Domstolene må også her være forsiktige med å ikke la dette momentet få selvstendig betydning, da det i realiteten ikke sier noe om vedkommendes konvertering er reell eller ikke. I de fleste saker fremstår det imidlertid som om at flere momenter allerede taler mot at konverteringen var reell, og det statistiske materialet har dermed blitt brukt for å underbygge dette.

I alle de gjennomgåtte sakene har vitneutsagnene fra de forskjellige kristne miljø alltid talt for at søkeren faktisk hadde en reell kristen overbevisning. I noen saker har andre momenter veid tyngre, mens i andre har domstolene ikke tillagt vitneutsagnene noen avgjørende vekt. En av dommene forklarer dette med at vitnene ikke har vurdert

⁴² UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2004, s. 12.

søkerens troverdighet i lys av kravet til grundighet og kritiske vurderinger, slik som FNs Høykommissær anbefaler i sine retningslinjer⁴³.

Ut fra retningslinjene til UNHCR fremkommer imidlertid at det er søknadsbehandleren som må foreta en grundig og kritisk vurdering av omstendighetene rundt konverteringen, ikke vitnene. Retningslinjene angir at det i vurderingen må legges vekt på ”the existence of corroborating evidence regarding involvement in and membership of the new religion”⁴⁴. Vitneutsagn fra andre medlemmer i menigheten vil nettopp være relevante bevis for å fastslå søkerens aktivitet og medlemskap i menigheten. Det foreligger dermed ikke noe grunnlag for å tillegge vitneutsagn fra menigheten mindre vekt ut fra UNHCRs retningslinjer.

UNHCR angir i sine retningslinjer at hvor en konvertering har skjedd etter ankomst til nytt land, må det foretas en grundig og inngående undersøkelse av omstendighetene og ektheten av konverteringen. Ut fra hva domstolene har gjort i de gjennomgåtte sakene, fremstår det som om at de gjør akkurat dette.

Videre viser beviskravet seg i konverteringssakene å være svekket. Som følge av at vurderingen tar utgangspunkt i vilkåret om det foreligger ”reell fare for forfølgelse”, stilles det kun krav til at konverteringen som del av asylforklaringen må ha vært ”noenlunde sannsynlig”. Det er her søkeren selv som må opplyse saken, og en eventuelt svekket troverdighet kan få betydning for bevisvurderingen. En slik bevisvurdering vil etter min mening være mer i samsvar med min formålsbaserte tolkning av Flyktningkonvensjonen, hvor unntak kan gjøres ved åpenbare misbruk. Et mulig beviskrav vil være at dersom en søker kan godtgjøre at det er noenlunde sannsynlig at hans sur place aktivitet har vært genuin, kan det ikke sies å foreligge et åpenbart misbruk.

Etter dette vises at domstolene i konverteringssakene tolker retten til flyktning sur place på en måte som er mer i samsvar med en formålsbasert tolkning av

⁴³ LB-2014-91252.

⁴⁴ UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims*, 2004, avsnitt 34.

Flyktningkonvensjonen. Dette fordi beviskravet ledes ut fra selve flyktningdefinisjonen i første ledd, og ikke ut fra unntaksbestemmelsen i fjerde ledd.

4.4 Forskjellen mellom domstolenes behandlingsmåte

Sakene om politisk aktivitet og konvertering blir som vist i praksis behandlet på forskjellige måter, dette både når det kommer til lovanvendelsen og bevisbedømmelsen.

Som tidligere forklart er vurderingen av om konverteringen er reell eller ikke, formelt en del av vilkåret om det foreligger en ”reell fare for forfølgelse” i første ledd, og vurderes ikke direkte ut fra misbruksklausulen. Det vil dermed ikke være helt presist å bruke konverteringsdommene som grunnlag når det skal vurderes om Norges anvendelse av unntaket i § 28 fjerde ledd er i strid med våre folkerettslige forpliktelser. Imidlertid kan de heller gjenspeile domstolens generelle vurderingsmåte i forhold til sakene om politisk aktivitet, da begge omhandler rett til vern som flyktning sur place.

Det er herunder først og fremst en stor forskjell mellom bevisbedømmelsene. I sakene om politisk aktivitet må det foreligge sannsynlighetsovervekt for at det hovedsakelige formålet har vært oppholdstillatelse, jf. fjerde ledd. I konverteringssakene kreves imidlertid kun at konverteringen er ”noenlunde sannsynlig” for at den legges til grunn som reell. I konverteringssakene stilles det altså moderate krav til at asylsøkeren godtgjør at hans konvertering var reell. Dette i motsetning til sakene om politisk aktivitet, hvor det ikke er tilstrekkelig at en asylsøkers historie om en genuin politisk aktivitet er noenlunde sannsynlig. Beviskravet er altså høyere i sakene om politisk aktivitet. Med tanke på at både sakene om politisk aktivitet og konvertering omhandler rett til vern som flyktning sur place, bør beviskravet være det samme. Dette tilsier at det burde være tilstrekkelig å godtgjøre at en genuin politisk aktivitet har vært noenlunde sannsynlig, og ikke at det kreves sannsynlighetsovervekt, slik som nåværende regelverk gjør.

Sammenlignet med den formålsbaserte tolkningen og at unntak fra Flyktningkonvensjonen kan gjøres ved åpenbare misbruk, vil beviskravet om noenlunde sannsynlig være mer treffende enn et krav om sannsynlighetsovervekt. Dersom unntak kan gjøres ved åpenbare misbruk, vil et naturlig beviskrav som nevnt være at en søker

må kunne godtgjøre at det er noenlunde sannsynlig at hans sur place aktivitet har vært genuin. Eventuelt kan beviskravet snus, slik at myndighetene må påvise at misbruket har vært åpenbart.

I sakstypene er det også forskjell mellom hvem som har bevisbyrden. I konverteringssakene er det asylsøkeren selv som må godtgjøre at konverteringen var reell. Mens det i sakene om politisk aktivitet er myndighetene som må bevise at søkerens hovedsakelige formål har vært opphold. Av hensyn til at begge sakstypene omhandler en søkers rett til vern som flyktning sur place, bør også bevisbyrden være lagt til samme side i slike saker. Dette kan tale for at det også i sakene om politisk aktivitet burde være tilstrekkelig at en søker selv godtgjør at hans asylhistorie om politiske aktivitet er noenlunde sannsynlig.

Videre angående lovanvendelsen, er den største forskjellen i sakene at domstolene i konverteringssakene nesten konstant henviser til UNHCR sine retningslinjer ved fastsetting av relevante vurderingskriterier. Dette i motsetning til sakene om politisk aktivitet, hvor UNHCR sine anbefalinger ikke blir nevnt i én eneste dom. Uansett forklaring på hvorfor sakene behandles forskjellig, kan det uansett sies at negative funn er viktig. Det faktum at domstolene i konverteringssakene jevnt henviser til UNHCR, gjør at det blir enda mer oppsiktsvekkende at domstolene ved vurdering av misbruksklausulen ikke i det hele tatt henviser til UNHCR. Det burde ihvertfall ved anvendelse av et unntak som ikke finnes i Flyktningkonvensjonen ses hen til Høykommissæren for å forsikre at norske regler blir anvendt i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

For å trekke en linje til min formålsbaserte tolkning, må det også ved en eventuell vurdering av om det foreligger et åpenbart misbruk ses hen til UNHCR sine anbefalinger, herunder Håndboken og retningslinjene. Fra anbefalingene kan det trekkes ut at for å kunne stadfeste et åpenbart misbruk må det foretas en grundig vurdering av omstendighetene. Herunder vil det være av betydning hvor stor grad handlingene har vært selvtjenende, ektheten av søkerens handlinger, hvilken type konsekvens søkeren frykter i hjemlandet og graden av risiko for forfølgelse. Dette med en forutsetning om at de øvrige vilkårene for å bli ansett som flyktning er oppfylt.

5 Samsvarer norsk praksis med våre folkerettslige forpliktelser?

Etter å ha foretatt en tolkning av flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen art.1A (2) og redegjort for Norges anvendelse av misbruksklausulen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd, er grunnlaget lagt for å se på om norsk praksis samsvarer med våre folkerettslige forpliktelser.

En ordlyds- og formålsbasert tolkning av art.1A (2) i Flyktningkonvensjonen viser at flyktningdefinisjonen kan tolkes innskrenkende ved *åpenbare misbruk* av konvensjonen. Overført til foreliggende spørsmål, vil det tilsi at Norge vil være legitimert til å nekte flyktningstatus ved sur place krav i de tilfellene hvor misbruk av konvensjonen er *åpenbare*.

Som gjennomgangen av domspraksis viste, var det én sak hvor konklusjonen om misbruk ble foretatt basert på sterk tvil (LB-2015-82716). I saker hvor resultatet er svært tvilsomt, men retten likevel konkluderer med misbruk etter fjerde ledd, vil det uten tvil foreligge et brudd på Norges folkerettslige forpliktelser etter konvensjonen. Som konsekvens av dette bruddet, vil det også foreligge brudd på norsk lov og forrangsregelen i § 3, om at individets rettigheter etter konvensjonen skal gå foran utlendingsloven ved tvil. Dersom § 3 hadde blitt anvendt, hadde søkeren fått sine rettigheter som følge av konvensjonen. I følge konvensjonen kan unntak kun gjøres ved *åpenbare misbruk*, og et resultat basert på tvil om det i det hele tatt foreligger misbrukshensikt, vil være langt fra et åpenbart misbruk. I henhold til Flyktningkonvensjonen ville dermed søkeren blitt innvilget asyl. Det blir dermed klart at norsk praksis i tvilstilfellene går lengre enn det Flyktningkonvensjonen åpner for.

Generelt i de resterende dommene vises et fravær av domstolenes vilje til å henvise til flyktnings ukrenkelige rettigheter etter konvensjonen, konvensjonens formål og Høykommissærens anbefalinger. Selv om UNHCRs Håndbok og retningslinjer ikke er juridisk bindende, bør de brukes som et naturlig utgangspunkt for tolkningen av konvensjonen. Det er oppsiktsvekkende at ingen av domstolene nevner dens anbefalinger i noen av misbruksvurderingene. Kritikken blir enda sterkere da

anbefalingene stadig blir vist til i konverteringssakene. Selv om det ikke er utgitt retningslinjer for sur place krav ved politisk aktivitet, er de generelle sur place-uttalelsene som er angitt i retningslinjene til kjønnsbaserte krav og religiøse krav overførbare til tilfellene ved politiske aktivitet. I tillegg har også UNHCR utgitt generelle retningslinjer til spørsmålet om flyktning sur place. Særlig vil en slik henvisning være viktig, da Høykommissærens uttalelser alltid viser at det avgjørende for flyktningstatus er sannsynligheten for at den fryktede forfølgelse inntreffer, alvorlighetsgraden av denne og om det er relatert til en konvensjonsgrunn, og ikke hvilken motivasjon søkeren hadde for handlingene.

Dersom Norge hadde anvendt disse retningslinjene, hadde vi ihvertfall vist at vi ser problematikken med vår misbruksklausul, og kunne heller fokusert på en vurdering av ovennevnte momenter, i stedet for å forsøke å avdekke en søkers motiver. Når UNHCR sine anbefalinger gjentatt blir oversett, fremstår det som om at Norge bevisst tolker flyktnings rettigheter etter konvensjonen innskrenkende etter landets ønske, uten å forsøke å overholde et samsvar med de internasjonale reglene vi har forpliktet oss til. Regelen blir da ikke brukt med den forsiktighet den burde. Dette taler sterkt for at Norges anvendelse av misbruksklausulen er i strid med våre folkerettslige forpliktelser.

Dette underbygges av at domstolene ikke en gang synes å anvende de momenter som forarbeidene understreker i tilstrekkelig grad. Herunder for eksempel eksistensen av et bro-tilfelle som domstolene konstant tillegger avgjørende vekt, men som forarbeidene understreker at ikke skal være avgjørende. Heller ikke foretar domstolene en grundig vurdering av beskyttelsesbehovet, noe som i henhold til forarbeidene skal være avgjørende for vurderingen⁴⁵.

Hensett at konvensjonen selv legitimerer en innskrenkende tolkning av flyktningdefinisjonen ved *åpenbare misbruk*, vil det tilsi at det er en viss adgang til å nekte flyktningstatus dersom misbruket er åpenbart. En nektelse må da bero på en grundig vurdering av alle momenter.

⁴⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 100.

Overført til foreliggende spørsmål, vil dette tilsi at dersom unntaksbestemmelsen hadde blitt anvendt med forsiktighet og Norge kun hadde nektet flyktningstatus i de åpenbare misbrukstilfellene, ville kanskje anvendelsen av unntaket samsvart med våre internasjonale forpliktelser. Imidlertid viser det seg at norsk praksis ikke anvender misbruksklausulen slik. Dommene gjenspeiler ingen forsiktighet ved anvendelse av misbruksklausulen for å ivareta grunnleggende menneskerettigheter som ytringsfrihet. Domstolene henviser ikke til Høykommissærens Håndbok eller retningslinjer som et naturlig utgangspunkt ved anvendelsen av bestemmelsen. Heller ikke er unntaket forbeholdt de klare misbrukstilfeller, slik at individenes rettigheter etter konvensjonen sikres.

Når domstolene ikke viser vilje til å se hen til våre internasjonale forpliktelser, og dermed heller ikke setter flyktningenes rettigheter etter konvensjonen i fokus, vil en slik regel utgjøre fare for at flyktningdefinisjonen blir tolket stadig mer og mer innskrenkende.

Konklusjonen er at Norges anvendelse av misbruksklausulen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd er i strid med våre internasjonale forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen.

6 Bør den norske lovregelen endres?

Norges anvendelse av unntaket i utlendingsloven § 28 fjerde ledd går lengre enn våre folkerettslige forpliktelser åpner for. Det er derfor nødvendig å se på hvilke endringer Norge kan foreta for å hindre fremtidige folkerettsbrudd. Herunder vil det vurderes om det er tilstrekkelig at praksis endrer sin anvendelsesmåte av unntaket, eller om det er nødvendig med en lovendring for å få praksis i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

Av forrige kapittel fremkommer at domstolene ved dagens lovregel ikke særskilt følger vurderingsmomentene som forarbeidene angir, og heller ikke anvender internasjonale retningslinjer for å forsøke å overholde våre folkerettslige forpliktelser. Dette gjenspeiler at det vil være utfordrende å få praksis til å endre sitt innarbeidede vurderingsmønster uten at det foretas en lovendring. Av hensyn til viktigheten av at

våre forpliktelser overholdes i vurderingen av flyktningdefinisjonen, vil det være nødvendig å foreta endringer som sikrer en praksis i samsvar med våre forpliktelser. På bakgrunn av at domstolenes vurderinger baserer seg på lovreglene, vil det anses som tryggest å foreta en lovendring for å hindre fremtidige folkerettsbrudd.

Dette underbygges av den nåværende unntaksbestemmelsens vide utforming. Ordlyden av ”særlig skal legges vekt på” gjør at unntaket selv ikke setter noen klare grenser for når det kan gjøres unntak og ikke. Dagens utforming gir derfor inntrykk av en mye videre adgang til unntak enn det Flyktningkonvensjonen åpner for.

Ved vurderingen av innholdet i en eventuell lovendring, vil det være naturlig å se hen til våre naboland Danmark og Sverige for hvordan de har løst denne problematikken.

Den danske Udlændingeloven § 7 regulerer hvem som skal anses som flyktning. Paragrafen henviser til at dette gjelder alle som omfattes av flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen. Andre til fjerde ledd inneholder diverse spesifiseringer og unntak, men ingen av disse sier noe om subjektive sur place. Det må dermed ses hen til andre kilder for å kartlegge Danmarks syn på subjektiv sur place.

Herunder kan det ses til Flygtingenævnets formandskap sin 24.beretning av 2015, hvor det redegjøres for asylpraksis og grunnlaget for behandlingene av asylsaker. Punkt 6.6.2⁴⁶ omhandler subjektive sur place. Her fremkommer at når en søker påberoper seg politisk aktivitet i Danmark som asylgrunnlag, må en vurdere omfanget og karakteren av søkerens handlinger, herunder hvor profilert søkeren må antas å være, og myndighetenes kjennskap, samt om søkeren som følge av dette vil risikere forfølgelse ved retur til hjemlandet. Herunder henvises til UNHCRs håndbok punkt 96. Det fremkommer at dersom nemnda legger til grunn at en asylsøkers aktiviteter i Danmark er kommet til hjemlandets myndigheter eller andres kjennskap, at myndighetene tillegger søkeren en bestemt politisk holdning, og at søkeren som følge av dette risikerer forfølgelse ved retur til hjemlandet, vil søkeren ”have krav på opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, også i den situation, hvor aktiviteterne ikke kan antages at udspringe af en reel politisk overbevisning, og ansøger således ikke har den politiske

⁴⁶ Flygtingenævnet, 24.beretning av 2015, s. 399 og 400.

holdning, som hjemlandets myndigheter, m.v. tillægger ham (imputed political opinion).” (min utheving).

Flyktningenævnets beretning gjenspeiler dermed at etter dansk rett har en søker også krav på oppholdstillatelse etter § 7, hvor søkerens aktiviteter under oppholdet i Danmark ikke kan antas å utspringe av en reell overbevisning, så lenge de øvrige vilkår etter flyktningdefinisjonen er oppfylt.

Den svenske Utlänningslagen⁴⁷ kapittel 4 § 1 inneholder vilkårene for å bli ansett som flyktning. Det fremkommer ingenting her om flyktning sur place. I Regjeringens proposisjon av 2009 ble det foretatt en kommentering av EUs statusdirektiv. Statusdirektivets art.5.3 gir som nevnt medlemslandene mulighet til å bestemme at en søker som selv har forårsaket en risiko for forfølgelse i hjemlandet, kan unntas beskyttelse etter flyktningdefinisjonen. Imidlertid anser den svenske regjeringen ”inte att något sådant undantag från principen om skyddsbehov sur place som artikeln medger bör införas i svensk rätt”⁴⁸. Sverige har dermed valgt å ikke begrense beskyttelsesomfanget som vernet etter flyktning sur place gir, selv om EU åpner for dette.

Dette gjenspeiler at verken dansk eller svensk rett har valgt å innskrenke beskyttelsesomfanget etter subjektiv sur place. I stedet foretar landene konkrete vurderinger etter Flyktningkonvensjonen og UNHCR sine retningslinjer, som hjelper dem ved avgjørelsen av subjektive sur place krav.

På bakgrunn av dette, vil et alternativ være at norsk lov endres til å bli mer i samsvar med dansk og svensk rett, som begge har et tilnærmet likt syn på spørsmålet om sur place. Dette innebærer å ta bort hele unntaksbestemmelsen, og kun ha en henvisning til at flyktningbegrepet skal forstås i samsvar med Flyktningkonvensjonen. En slik ordning vil imidlertid kreve mer dyptgående forarbeider, som henviser konkret til relevante vurderingsmomenter og uttalelser fra UNHCR, slik at vurderingene etterstreber å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser.

⁴⁷ Utlänningslag (2005:716)

⁴⁸ Regjeringens proposisjon 2009/10:31, *Gjennomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*, s. 132.

Et annet alternativ til lovendring som også vil være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, er å endre unntaksbestemmelsen til at unntak kun kan gjøres ved åpenbare misbruk av konvensjonen. Dette unntaket vil hjemles i en ordlyds- og formålsbasert tolkning av Flyktningkonvensjonen. Det vil da også være mulig å lovfeste hvilke vurderingsmomenter som er relevante for å kartlegge om det har skjedd et åpenbart misbruk. Herunder om handlingene har vært selvtjenende, ektheten av handlingene, hvilken type konsekvens en frykter i hjemlandet og graden av risiko for forfølgelse. Eventuelt kan disse momentene tas inn i forarbeidene. En slik endring vil gjøre at misbruksvurderingen ikke beror på søkerens motivasjon, slik som dagens regel. I tillegg vil en slik endring øke terskelen for når flyktningbegrepet blir tolket innskrenkende, og vil dermed være mer på linje med lovgivningen til våre naboland.

Etter min mening vil det beste alternativet være det andre, at unntaksbestemmelsen endres til at unntak kun kan gjøres ved åpenbare misbruk. Dette av hensyn til selve Flyktningkonvensjonen og dens opprinnelige formål. Hensynet til konvensjonens formål tilsier nettopp at vi ikke bør gå så lang som våre naboland og ikke ha noe som helst lovfestet unntak til flyktning sur place.

Dersom unntak kan gjøres ved åpenbare misbruk, vil et forslag til beviskrav være at myndighetene må kunne påvise at søkerens misbruk av konvensjonen har vært åpenbart. Et annet forslag vil være at beviskravet snus, slik at dersom en søker kan godtgjøre at det er noenlunde sannsynlig at hans sur place aktivitet har vært genuin, vil det være tilstrekkelig for at det ikke foreligger et åpenbart misbruk. Hvor en eventuell svekket troverdighet kan få betydning for bevisvurderingen.

Min anbefaling er det andre beviskravet, noe som vil føre til en likebehandling med konverteringssakene. Dette fordi vurderingsmåten i konverteringssakene har vist seg å ivareta formålet til konvensjonen på en mye bedre måte enn vurderingsmåten i sakene om politisk aktivitet, hvor myndighetene har hatt bevisbyrden. I tillegg vil et slikt beviskrav harmonere med beviskravet som gjelder for å bli ansett som generell flyktning, hvor søkeren må godtgjøre at hans asylhistorie er noenlunde sannsynlig, og en eventuell svekket troverdighet kan få betydning for bevisvurderingen. Forskjellen ved sur place vurderingen, vil bli at asylhistorien som må være noenlunde sannsynlig,

gjelder genuiteten og ektheten av den *etterfølgende aktiviteten* i det nye landet, og ikke aktiviteten foretatt før hjemlandet ble forlatt.

Dersom Norge endrer sin unntaksbestemmelse i § 28 fjerde ledd, og heller oppstiller en regel om at det kan gjøres unntak fra flyktning sur place ved åpenbare misbruk, vil vi sikre at den fremtidige anvendelse av utlendingsloven og flyktning sur place samsvarer med våre internasjonale forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen. En slik lovendring ville også ha gjenspeilet at Norge fortsatt innehar den samme respekten for konvensjonens formål som da vi ratifiserte konvensjonen i 1952, og at landet i fremtiden vil være med på å styrke den felles internasjonale definisjonen av flyktnings rettigheter.

7 Litteraturliste

Bøker

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

Vevstad, Vigdis, *Utlendingsloven – Kommentaarutgave*, (Oslo 2010)

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

Artikler

Bårdsen, Arnfinn, ”Norges Høyesterett og ”barnets beste” som konvensjonsforpliktelse og grunnlovsnorm” i *Rettsavklaring og rettsutvikling. Festskrift til Tore Schei på 70-års dagen 19.februar 2016*.

Einarsen, Terje, Elin Skar og Vigdis Vevstad, *Flyktningkonvensjonen artikkel 1 C-F*, (Bergen 2006)

Vevstad, Vigdis, *Et felles europeisk asylsystem*, (Oslo 2012)

Lover

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

Forarbeider

Innst. 327 S (2009-2010) om norsk flyktning- og migrasjonspolitik i et europeisk perspektiv

NOU 2004: 20 *Ny Utlendingslov*

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

Norsk rettspraksis

Høyesterett

HR. 2017 s.569 – A

Rt. 2015 s. 1388

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

Rt. 2010 s. 858

Lagmannsretten

LB – 2016 - 42172
LB – 2015 – 103771
LB – 2015 – 111063
LB – 2015 – 119163
LB – 2015 – 156827
LB – 2015 – 82716
LB – 2014 – 163199
LB – 2014 – 34531
LB – 2014 – 89067
LB – 2014 – 91252
LB – 2013 – 163116
LB – 2013 – 5389

Tingretten

TOSLO – 2014 – 205069
TOSLO – 2013 – 142150

Internasjonale rettskilder

United Nations. United Nations Convention relating to the Status of Refugees (1951)
United Nations. *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*, UNHCR, Reissued Genève December 2011.

United Nations. *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*”, April 2001.

UNHCR, *Guidelines on International Protection: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*”, April 2004.

UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive, 2004/83/EC of 29 April 2004*.

UNHCR, *Guidance note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity*, November 2008.

Vienna Convention on the law of treaties, Vienna on 23 May 1969.

Barnekomiteens *General Comment No.14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, 2013.

DIRECTIVE 2011/95/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 13 December 2011, on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted. (EUs statusdirektiv)

Nordiske lover og dokumenter

Den Danske Udlændingeloven, LBK nr. 412 af 09/05/2016

Flygtningenævnet, *Formandskabet 24.beretning, 2015*, København september 2016.

Den Svenske Utlänningslag (2005:716), 2005-09-29.

Regjeringens proposition 2009/10:31, *Gjennomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*, Stockholm 8.oktober 2009.

Internasjonale avgjørelser

Storbritannia

Regina v. Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Adan Regina v. Secretary of State For The Home Department Ex Parte Aitseguer, dom av 19.12.2000 - <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd001219/adan-1.htm>

UK Court of Appeal, *Danian v. Secretary of State for the Home Department* [2000] Imm.A.R. 96 (28 October 1999) – <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/uk-court-appeal-28-october-1999-danian-v-secretary-state-home-department-1999-ewca-civ-3000>

New Zealand

New Zealand R.S.A.A., *Re HB*, 21 September 1994, Refugee Appeal No. 2254/94 -

http://www.refworld.org/cases,NZL_RSAA,3ae6b6910.html

Australia

Minister for Immigration & Multicultural Affairs v Mohammed [2000] FCA 576 -

<https://jade.io/article/101658?at.hl=Minister+for+Immigration+%2526%2526+Multicultural+Affairs+v+Mohammed+%255B2000%255D+FCA+576>

Tyskland

Bundesverwaltungsgericht: *BVerwG 10 C 27.07, 18. desember 2008* -

http://www.bverwg.de/informationen/english/decisions/10_c_27_07.php

Øvrige kilder

Hjemmesiden til FN for informasjon om Flyktningkonvensjonen –

<http://www.fn.no/FN-informasjon/Avtaler/Flyktninger/Flyktningkonvensjonen>