



# NORGES HØYESTERETT

Den 17. mars 2017 avsa Høyesterett dom i

**HR-2017-569-A, (sak nr. 2016/1379), sivil sak, anke over dom,**

A (advokat Dag Holmen)

Norsk organisasjon for asylsøkere  
(NOAS) (partshjelper) (advokat Terje Einarsen)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten  
v/advokat Jørgen Vangsnes – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Noer**: Saken gjelder gyldigheten av vedtak om avslag på asyl etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd. Bestemmelsen retter seg mot asylsøkere som har et beskyttelsesbehov som følge av egne handlinger i Norge, og åpner for at slike søkere ikke anerkjennes som flyktninger dersom det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse. For Høyesterett er spørsmålet om denne unntaksregelen er forenlig med flyktningskonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A.
- (2) A er født 00.00.1990 og kommer fra Øst-Wallaga i Etiopia. Han tilhører folkegruppen oromoene, som er den største etniske gruppen i Etiopia.
- (3) A kom til Norge 10. mars 2010 og søkte om asyl samme dag. Han viste til at han var forfulgt og etterlyst av etiopiske myndigheter fordi han var medlem og støttespiller av det politiske partiet Oromo Liberation Front. Ved Utlendingsdirektoratets (UDI) vedtak 19. juli 2010 ble søknaden avslått. A klaget til Utlendingsnemnda (UNE), som ved vedtak 3. oktober 2011 kom til samme konklusjon. Vedtakene var begrunnet med at UDI og UNE anså det som svært lite sannsynlig at Oromo Liberation Front var aktive i Etiopia.
- (4) A ble værende i Norge. I 2012 inngikk norske myndigheter en returavtale med Etiopia, og det ble mulig å sende asylsøkere med avslag tilbake.

- (5) I perioden 2011 til 2014 søkte A flere ganger om å få omgjort avslaget på asyl. Han ble etter hvert politisk aktiv i Oromo Liberation Front i Norge, og dette gjorde han gjeldende som nytt selvstendig asylgrunnlag.
- (6) UNE traff 11. juni 2014 vedtak om å gi A midlertidig oppholdstillatelse i ett år, med rett til å arbeide, jf. utlendingsloven § 74. Vedtaket bygger på at A risikerer forfølgelse i Etiopia på grunn av sin politiske aktivitet i Norge, og at han derfor er vernet mot retur etter utlendingsloven § 73 første ledd. Han ble imidlertid ikke innvilget asyl etter utlendingsloven § 28 første ledd. UNE la til grunn at det hovedsakelige formålet med As politiske aktivitet i Norge var å oppnå oppholdstillatelse, og at han derfor ikke hadde krav på flyktningstatus, jf. § 28 fjerde ledd andre punktum. I begrunnelsen heter det:
- "Det er UNEs vurdering at klagerens aktiviteter er et forsøk på å oppnå oppholdstillatelse. Det er viktig å beskytte asylinstituttet mot forsøk på misbruk slik som det foreligger i denne saken. Klagerens brått eskalerende aktivitet i tidsrommet 2013-2014 fremstår ikke som genuint politisk engasjement, selv om man lar tvil om dette komme ham til gode. Etter en samlet vurdering av alvorligheten av slikt misbruk av asylinstituttet, mener UNE at vilkårene for unntak fra anerkjennelse er oppfylt. Han skal således ikke ha anerkjennelse som flyktning etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a."**
- (7) Etter å ha mottatt prosessvarsel fra As prosessfullmektig, traff UNE 18. oktober 2014 beslutning om ikke å omgjøre vedtaket.
- (8) A tok ut stevning mot staten ved Oslo tingrett. Tingretten avsa 24. juni 2015 dom med slik domsslutning:
- "1. Utlendingsnemndas vedtak av 11. juni 2014 med etterfølgende beslutning av 18. oktober 2014 er ugyldig.**
- 2. Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale kr 224 967,- inkl. mva. i erstatning for sakskostnader til A innen to uker fra dommens forkynnelse."**
- (9) Tingretten kom til at A hadde krav på anerkjennelse som flyktning etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. Etter tingrettens vurdering var As politiske aktivitet i Norge en naturlig forlengelse av hans politiske engasjement i hjemlandet, og ikke handlinger utført med et hovedsakelig formål om å få oppholdstillatelse i Norge.
- (10) Staten anket til Borgarting lagmannsrett, som avsa dom 6. mai 2016 med slik domsslutning:
- "1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.**
- 2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler A 220 720 – tohundreogtjuetusensjuhundreogtjue – kroner til staten v/Utlendingsnemnda innen to uker fra forkynnelsen av dommen."**
- (11) Lagmannsretten sluttet seg til UNEs vurdering av formålet med As politiske aktivitet i Norge, og kom til at vedtaket om ikke å innvilge asyl etter unntaksbestemmelsen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum, er gyldig.
- (12) A har anket lagmannsrettens dom på grunn av feil i rettsanvendelsen og bevisvurderingen. Høyesteretts ankeutvalg traff beslutning om å fremme den delen av anken som gjelder

"lovtolkningen knyttet til hjemmelsgrunnlaget for å nekte flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd, jf. § 74, herunder overenstemmelsen med Norges folkerettslige forpliktelser".

- (13) Påstandsgrunnlaget som er tillatt fremmet – at det ikke er rettslig grunnlag for å nekte A status som flyktning i Norge – ble først gjort gjeldende i anken til Høyesterett, og har ikke vært behandlet av tingretten eller lagmannsretten.
- (14) Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) har erklært partshjelp til fordel for den ankende part, jf. tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b.
- (15) FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) har gitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser etter tvisteloven § 15-8 første ledd bokstav a.
- (16) Den ankende part – A – og partshjelperen – *Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) A er nektet flyktningstatus i medhold av utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum. Bestemmelsen er i strid med flyktningkonvensjonen.
- (18) Flyktningkonvensjonen er inkorporert i norsk rett gjennom utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, jf. §§ 29-30, og har ved motstrid forrang for intern rett, jf. utlendingsloven § 3. Norske myndigheter har ingen skjønnsmargin ved tolkningen av flyktningkonvensjonen. Innholdet i konvensjonens flyktningbegrep må fastlegges ved en selvstendig folkerettslig tolkning ut fra prinsippene i Wien-konvensjonen 23. mai 1969 om traktatretten.
- (19) Definisjonen av flyktning i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) omfatter etter ordlyden personer som frykter forfølgelse på grunn av egne handlinger utenfor hjemlandet, uavhengig av formålet med handlingene. Artikkel 1 C-F angir uttømmende når konvensjonen likevel ikke kommer til anvendelse på personer som omfattes av artikkel 1 A, og inneholder ikke noe unntak for tilfeller som i denne saken. Konvensjonens klare ordlyd medfører at A skal anerkjennes som flyktning og gis de rettigheter som følger av artiklene 3 til 33. Dette er også i samsvar med konvensjonens formål om å sikre flyktninger fundamentale rettigheter.
- (20) Øvrige rettskilder trekker i samme retning, med mulig unntak av enkelte andre staters praksis og EUs statusdirektiv. I lys av flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, og med henvisning til variasjonen i statspraksis, kan imidlertid disse tolkningsfaktorene ikke tillegges særlig vekt.
- (21) FNs håndhevsorgan for flyktningkonvensjonen – UNHCR – har en langvarig og konsistent oppfatning om at forfølgelsesfare som oppstår på grunn av individets egne handlinger utenfor hjemlandet, faller inn under konvensjonens flyktningbegrep. Det gjelder også når handlingene er utført med formål om å oppnå oppholdstillatelse. Det er gode grunner for UNHCRs syn. Håndhevsorganets oppfatning må veie tungt ved tolkningen av konvensjonen.

- (22) For det tilfellet at flyktningkonvensjonen anses å gi rom for unntak i visse tilfeller, anføres subsidiært at utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum, slik den er anvendt overfor A, går lenger enn konvensjonen gir grunnlag for.
- (23) Atter subsidiært gjøres gjeldende at det ut fra lagmannsrettens dom er uklart om A omfattes av en eventuell misbruksregel innenfor rammen av flyktningkonvensjonen, siden lagmannsretten ikke har vurdert As reelle politiske oppfatning. Lagmannsrettens dom må derfor uansett oppheves.
- (24) A har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt:**
1. **Utlendingsnemndas vedtak av 11.06.2014 med etterfølgende beslutning av 18.10.2014 er ugyldig.**
  2. **Staten v/Utlendingsnemnda erstatte A sakens kostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**
- Subsidiært:**
1. **Lagmannsrettens dom oppheves.**
- (25) NOAS har nedlagt likelydende påstand, men har ikke krevd sakskostnader for Høyesterett.
- (26) Ankemotparten – *staten v/Utlendingsnemnda* – har i korte trekk anført:
- (27) Unntaksregelen i utlendingsloven § 28 fjerde ledd andre punktum er ikke i strid med flyktningkonvensjonen.
- (28) Ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen i utlendingsloven § 3 har det betydning at § 28 fjerde ledd ikke reiser tolkningstvil, og at den bygger på en klar lovgivervilje.
- (29) Flyktningkonvensjonen gir statene et visst handlingsrom ved gjennomføringen av konvensjonen. Det tradisjonelle synet er at tilfeller hvor beskyttelsesbehovet har oppstått som følge av søkerens egne handlinger etter at vedkommende forlot hjemlandet, ligger i randsonen av konvensjonens flyktningbegrep, og at statene har folkerettslig adgang til å regulere slike situasjoner, jf. Rt. 1991 side 586. Det er ikke grunn til å fravike dette utgangspunktet. A er uansett sikret vern mot utsendelse etter utlendingsloven § 73, slik at den sentrale rettigheten i flyktningkonvensjonen – utsendelsesvernet i artikkel 33 – er ivarettatt.
- (30) Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A inneholder ingen eksplisitt regulering av misbrukssituasjonene, hvor formålet med handlingene som har fremkalt forfølgelsesfare er å oppnå oppholdstillatelse. Etter statens syn var dette ikke et aktuelt tema da konvensjonen ble vedtatt. Derfor er det heller ikke inntatt noen misbruksklausul. Konvensjonens formål taler med styrke mot at det gis flyktningstatus ved misbruk.
- (31) Også praksis taler mot at misbrukstilfellene er vernet. Høyesterett har allerede slått fast at forfølgelsesfare på grunn av egne handlinger utenfor hjemlandet ikke gir et ubetinget krav på vern som flyktning etter konvensjonen, jf. Rt. 1991 side 586. Dette støttes av EUs statusdirektiv, som i artikkel 5 nr. 3 åpner for at statene kan bestemme at flyktningstatus

som hovedregel ikke skal gis ved slike etterfølgende asylsøknader. Flere andre vestlige stater har dessuten lignende regler som den i utlendingsloven § 28 fjerde ledd.

(32) Misbruksregelen underbygges i tillegg av sterke reelle hensyn. Dersom det gis status som flyktning i misbrukstilfellene, vil det svekke asylinstituttets legitimitet, både nasjonalt og internasjonalt. Det vil dessuten kunne oppleves som urettferdig for asylsøkere med en genuin politisk oppfatning at andre søkere innvilges asyl på grunnlag av en oppfatning som ikke er reell.

(33) Staten v/Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:

**"1. Anken forkastes.**

**2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke."**

(34) *Mitt syn på saken*

(35) Spørsmålet er om A har krav på å bli anerkjent som flyktning i Norge. Dette beror på om UNEs vedtak bygger på en riktig forståelse av utlendingsloven § 28 fjerde ledd, eller om bestemmelsen må tolkes innskrenkende som følge av at den ikke er i samsvar med flyktningkonvensjonen artikkel 1 A. Faktum i saken er endelig avgjort av lagmannsretten og skal ikke prøves av Høyesterett.

(36) Som nevnt er A innvilget midlertidig oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 74. Tillatelsen bygger på at han risikerer forfølgelse i Etiopia på grunn av sin politiske aktivitet i Norge, og han er derfor vernet mot retur etter bestemmelsen om "non refoulement" i utlendingsloven § 73 første ledd. En slik midlertidig tillatelse gir ikke de rettigheter og goder som følger med å bli anerkjent som flyktning etter utlendingsloven § 28. For eksempel gir tillatelsen ikke grunnlag for familieinnvandring eller permanent oppholdstillatelse, og heller ikke gir den rett til å få utstedt reisedokument eller til trygderettigheter på linje med personer med flyktningstatus. Dette er noe av bakgrunnen for søksmålet.

(37) Hovedregelen om hvem som skal anses som flyktning etter norsk rett, er gitt i utlendingsloven § 28 første ledd, som lyder slik:

**"En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen**

**a) har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967, eller**

**b) uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet."**

(38) Første ledd bokstav a viser til og gjengir legaldefinisjonen av flyktningbegrepet i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A, og slår fast at en søker som omfattes av definisjonen

"skal ... anerkjennes som flyktning" i Norge. Bestemmelsen følger opp inkorporasjonsregelen i § 3, som sier at utlendingsloven skal "anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling". Det er altså innført sektormonisme på utlendingsrettens område. Og selv om flyktningkonvensjonen selv ikke gir enkeltpersoner krav på flyktningstatus, jf. Rt. 2015 side 1388 avsnitt 122, gir utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a i utgangspunktet en rett til anerkjennelse som flyktning etter nasjonal rett dersom vedkommende oppfyller flyktningkonvensjonens krav.

- (39) Avslaget på As asylsøknad er gitt med hjemmel i utlendingsloven § 28 fjerde ledd, som lyder slik:

**"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. Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen, skal det særlig legges vekt på om beskyttelsesbehovet skyldes handlinger som er straffbare etter norsk lov, eller om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse."**

- (40) Fjerde ledd andre punktum andre alternativ utgjør den såkalte *misbruksbestemmelsen*. Den gir hjemmel for å nekte status som flyktning der forfølgelsesfaren har oppstått på grunn av søkerens handlinger etter at han reiste fra hjemlandet, og det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å få oppholdstillatelse. Forarbeidene til §§ 3 og 28 viser at lovgiver med dette ikke mente å snevre inn flyktningbegrepet i forhold til det som følger av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A. Spørsmålet er om bestemmelsen likevel har dette som konsekvens. Partene er enige om at UNEs vedtak i så fall er ugyldig, jf. utlendingsloven § 3.
- (41) Før jeg går nærmere inn på spørsmålet, nevner jeg at § 28 fjerde ledd gjelder de såkalte "subjektive sur place"-tilfellene. Det skilles tradisjonelt mellom objektive og subjektive sur place-situasjoner. *Objektiv sur place* er der det skjer forandringer i hjemlandet mens søkeren er utenfor landegrensene, og endringene fører til at søkeren ikke kan reise tilbake uten å risikere forfølgelse, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kap. 5.5.1. Det kan for eksempel dreie seg om politiske omveltninger som gjør at mennesker med samme etnisitet eller partimedlemskap som søkeren risikerer fengsling og/eller andre former for overgrep ved retur. Objektiv sur place omfattes av flyktningdefinisjonen etter konvensjonen artikkel 1 A og utlendingsloven § 28 første ledd.
- (42) *Subjektiv sur place* sikter til tilfeller hvor forfølgelsesfaren er utløst av handlinger foretatt av søkeren selv etter at han forlot hjemlandet. Dette kan for eksempel være politisk arbeid eller religiøs aktivitet i søkerlandet, som blir kjent for myndighetene i hjemlandet. Man skiller mellom de såkalte "bro-tilfellene", hvor handlingene er en fortsettelse av søkers aktiviteter i hjemlandet, og tilfelle hvor søkeren ikke har vært aktiv på tilsvarende måte tidligere.
- (43) Etter utlendingsloven § 28 fjerde ledd er hovedregelen at subjektiv sur place gir rett til anerkjennelse som flyktning i Norge, med de unntak som følger av andre punktum. Spørsmålet er som nevnt om unntakene er i strid med flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2), som lyder slik i norsk oversettelse:

**"For denne konvensjons formål skal betegnelsen 'flyktning' få anvendelse på enhver person som: ...**

**2. som følge av begivenheter som har funnet sted før 1. januar 1951 og på grunn av at han med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse; eller som er statsløs og på grunn av slike begivenheter befinner seg utenfor det land hvor han har sin vanlige bopel, og som er ute av stand til eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til, å vende tilbake dit."**

- (44) Konvensjonen skal tolkes etter prinsippene i Wien-konvensjonen av 23. mai 1969. Utgangspunktet er den naturlige forståelsen av ordlyden, lest i den sammenheng den inngår og i lys av konvensjonens formål, jf. Rt. 2012 side 494 avsnitt 33. Det går fram av artikkel 31 og 32 i konvensjonen at andre kilder vil ha begrenset plass ved tolkningen. Dette innebærer at det er lite rom for dynamisk fortolkning.
- (45) Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) har ingen direkte regulering av tilfelle der forfølgelsesgrunnlaget skyldes handlinger i utlandet som hovedsakelig er foretatt for å oppnå asyl. Men etter mitt syn er det nærliggende å forstå bestemmelsen slik at den ikke omfatter dette. Jeg viser til at flyktningbegrepet etter konvensjonen er reservert for den som risikerer forfølgelse *på grunn av* politisk aktivitet eller lignende. Høyesterett har tidligere slått fast at formålet med konvensjonen er å "beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem", jf. Rt. 2012 side 494 avsnitt 36. Dette er mindre treffende for tilfelle hvor den hovedsakelige motivasjonen for aktiviteten er et ønske om opphold.
- (46) Konvensjonen gjaldt opprinnelig bare for personer som risikerte forfølgelse på grunn av *begivenheter som hadde funnet sted før 1. januar 1951*, altså før konvensjonens vedtakelse 28. juli 1951. Før 1951 var det imidlertid ikke aktuelt å engasjere seg i aktivitet utenfor hjemlandet for å oppnå flyktningstatus, siden konvensjonen da ikke fantes. Det må derfor legges til grunn at konvensjonens opprinnelige ordlyd ikke omfattet de såkalte misbrukstilfellene.
- (47) Ved tilleggsprotokoll av 31. januar 1967 ble tidsbegrensningen opphevet, og konvensjonen fikk dermed anvendelse også for forhold inntrådt etter 1951. Men denne endringen gjaldt bare konvensjonens begrensning i tid og geografisk utstrekning, og forandret dermed ikke selve flyktningdefinisjonen.
- (48) Ankende part har pekt på at artikkel 1 A (2) gjelder personer som "befinner seg utenfor det land han er borger av", og at det ikke stilles krav om at forfølgelsesfaren må ha oppstått før vedkommende flyktet fra landet. Jeg er enig i dette, men jeg kan ikke se at det løser spørsmålet i vår sak. Konvensjonen gir som nevnt beskyttelse ved objektiv sur place, og det er bakgrunnen for ordlyden på dette punkt, jf. Zimmermann (red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, 2011, side 329.
- (49) I sammenheng med dette har ankende part med støtte fra partshjelper anført at *flyktningkonvensjonen artikkel 1 bokstav F* gir en *uttømmende regulering* av vilkårene for at en person kan fratras flyktningstatus. Bestemmelsen slår fast at konvensjonen ikke gir vern i tilfelle hvor det er alvorlig grunn til å anta at søkeren har gjort seg skyldig i krigsforbrytelser eller lignende graverende handlinger. Slik jeg forstår bestemmelsen, gjelder den imidlertid mennesker som ellers ville vært anerkjent som flyktninger etter

artikkel 1 A. Man må altså først avgjøre om personen det gjelder omfattes av definisjonen i artikkel 1 A. Det er nettopp den problemsstillingen vår sak gjelder.

- (50) Jeg går så over til å se på hvordan spørsmålet har vært vurdert i norsk rett tidligere, og hvordan andre stater og organer har forholdt seg til problemsstillingen. Selv om det er Wien-konvensjonens prinsipper som ligger til grunn for tolkningen, så vil tidligere forståelse av konvensjonen selvsagt være en viktig rettskilde så fremt det ikke har kommet til noe nytt.
- (51) Hverken fremmedloven av 1956 eller utlendingsloven av 1988 hadde regler om personer som hadde forårsaket forfølgelsesfaren ved egne handlinger etter å ha reist fra hjemlandet. Slike søkere ble som hovedregel ikke anerkjent som flyktninger, men fikk opphold på humanitært grunnlag og da langt på vei tilgang til samme fordeler og rettigheter som de som ble innvilget flyktningstatus.
- (52) Spørsmålet om lovligheten av praksisen kom opp for Høyesterett i Rt. 1991 side 586 (Abdi). Høyesterett tok utgangspunkt i at flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) "er av vesentlig betydning ved fortolkningen av den norske bestemmelsen" i fremmedloven § 2 om anerkjennelse som flyktning, jf. side 590. Både flertallet på fire og mindretallet på en dommer konkluderte med at utlendingsmyndighetenes praksis ikke var folkerettsstridig, jf. dommen side 594, hvor det heter:

**"I de tilfeller hvor forfølgelsesrisikoen er utløst av endrete forhold i hjemlandet - de objektive sur placetilfellene -, antar jeg at det må innvilges asyl etter fremmedloven § 2 og den någjeldende lovs § 17 første ledd første punktum. Ved de subjektive sur place-tilfeller, hvor forfølgelsesrisikoen er utløst av egen virksomhet etter utreise fra hjemlandet, vil myndighetene derimot som hovedregel ikke være forpliktet til dette. Saker som inneholder så vel subjektive som objektive elementer, kan reise vanskelige avgrensingsproblemer.**

**Jeg utelukker ikke at asyl i særlige tilfeller også vil måtte innvilges subjektive sur place-flyktninger som har utløst forfølgelsesrisikoen ved egen virksomhet, når denne er en naturlig fortsettelse av en virksomhet som ble drevet allerede i hjemlandet. For mitt syn på saken er det imidlertid nok å konstatere at det under enhver omstendighet ligger innenfor myndighetenes kompetanse å tilstå asyl i brotilfellene."**

- (53) Høyesterett konkluderte altså med at myndighetene som hovedregel ikke hadde plikt til å innvilge flyktningstatus ved subjektiv sur place – uansett om det dreide seg om såkalt misbruk eller ikke. Spørsmålet er om det har skjedd noe seinere som gjør at dette ikke lenger kan opprettholdes.
- (54) Om utviklingen av praksis etter dommen viser jeg til Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kap. 5.5.2. Ved vedtakelsen av någjeldende utlendingslov i 2008 ble det slått fast at subjektive sur place-søkere som hovedregel skal anerkjennes som flyktninger etter loven, med de unntak som følger av § 28 fjerde ledd andre punktum.
- (55) Av forarbeidene går det fram at forholdet til flyktningkonvensjonen ikke ble diskutert, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) kap. 5.5.6. Lovgiver må altså ha ment at misbruksbestemmelsen ikke var i strid med folkeretten. Det fremgår videre at regelen var overveid og ønsket fra lovgivers side. Bestemmelsen reiser heller ikke tolkningstvill. Dette har betydning ved anvendelsen av forrangsbestemmelsen, jf. Høyesteretts dom i HR-2017-241-A avsnitt 17.



- (56) Forslaget til § 28 fjerde ledd var inspirert av EUs dagjeldende direktiv 2004/83/EC av 29. april 2004 – det såkalte *statusdirektivet* – som blant annet gjaldt etablering av felles kriterier for flyktningstatus, jf. proposisjonen kap. 5.5.3 og 5.5.4. Direktivet setter en minstestandard for medlemsstatene, men forhindrer ikke at det enkelte land gir en videre beskyttelse. Siktemålet var å etablere et felles europeisk asylsystem "based on the full and inclusive application of the Geneva Convention relating to the Status of Refugees", jf. fortalen punkt 2, 24 og 25.
- (57) Artikkel 5 nr. 3 regulerte sur place-flyktninger som hadde søkt asyl på nytt etter å ha fått avslag på sin opprinnelige asylsøknad. Statene ble gitt frihet til å bestemme at det normalt ikke skulle gis flyktningstatus ved subjektiv sur place, altså når forfølgelsesfaren skyldtes søkers aktiviteter etter at han forlot hjemlandet:
- "Without prejudice to the Geneva Convention, Member States may determine that an applicant who files a subsequent application shall normally not be granted refugee status, if the risk of persecution is based on circumstances which the applicant has created by his own decision since leaving the country of origin."**
- (58) Bestemmelsen gjaldt kun spørsmålet om anerkjennelse som flyktning, og berørte ikke retten til vern mot hjemsendelse dersom søkerens liv, fysiske integritet eller frihet ville være i fare, jf. EUs Joint Position "on the harmonized application of the definition of the term 'refugee'" av 4. mars 1996 (96/196/JHA) punkt 9.2.
- (59) Et nytt statusdirektiv ble vedtatt 13. desember 2011, direktiv 2011/95/EU, uten endringer i artikkel 5 nr. 3. Nå foreligger det utkast til ytterligere en ny versjon av direktivet. Artikkel 5 nr. 3 er foreslått endret slik at medlemsstatene pålegges å gi asyl ved subjektiv sur place, bortsett fra ved misbruk. Utkastet slik det foreligger, er altså langt på vei identisk med det som følger av norsk rett, og lyder slik:
- "When assessing a subsequent application in accordance with Article 42 of Regulation (EU) XXX/XXX [Procedure Regulation] the determining authority shall not normally grant international protection to the applicant if it is established that the risk of persecution or serious harm is based on circumstances which the applicant has created by his or her own decision since leaving the country of origin for the sole or main purpose of being granted international protection."**
- (60) Jeg slutter av dette at heller ikke EU har ment at flyktningkonvensjonen artikkel 1 A omfatter subjektive sur place-flyktninger, og i alle tilfelle ikke i de såkalte misbrukstilfellene.
- (61) Både NOAS og staten har i forbindelse med saken gjort undersøkelser om *statspraksis* i andre land. Gjennomgangen viser stor variasjon fra land til land, og det er også eksempler på land som har regler som de norske. Det er dermed begrenset hvilken veiledning dette gir, jf. Wien-konvensjonen artikkel 31 nr. 3 (b).
- (62) *Rettspraksis i andre land* gir heller ikke noe entydig svar. I en dom fra UK Court of Appeal fra 28. oktober 1999, *Danian v. Secretary of State for the Home Department*, kom domstolen til at det ikke var adgang til å nekte en person internasjonal beskyttelse i et misbrukstilfelle. Alternativet i den saken var imidlertid at personen ble sendt hjem til mulig forfølgelse – det var ikke som i vår sak gitt beskyttelse mot retur. I en dom av 18. desember 2008, *BVerwG 10 C 27.07*, kom imidlertid den tyske administrative

Høyesterett – Bundesverwaltungsgericht – til at den tyske sur place-bestemmelsen, som var i tråd med det daværende statusdirektivet artikkel 5 nr. 3, ikke var i strid med flyktningkonvensjonen.

- (63) Heller ikke er det gitt regler i *håndboken til FNs høykommissær for flyktninger* (UNHCR) som direkte berører misbrukstilfellene. Håndboken slår fast at subjektiv sur place kan gi grunnlag for flyktningstatus, men at dette vil bero på "a careful examination of the circumstances". Jeg viser til Abdi-dommen side 593 hvor håndbokens bestemmelser punkt 95 og 96 om dette er sitert og kommentert.
- (64) Det følger av gjennomgangen så langt at ordlyden i flyktningkonvensjonen ikke løser tolkningsspørsmålet som vår sak gjelder, men at bestemmelsens forhistorie og opprinnelige tidsbegrensning taler for at misbrukstilfellene ikke var omfattet av artikkel 1 A (2). Høyesterett har tidligere slått fast at subjektiv sur place ikke gir rett til flyktningstatus etter norsk rett. Heller ikke kan lovgiver i Norge eller i EU ha ansett en slik misbruksbegrensning som folkerettsstridig. På denne bakgrunn er det etter mitt syn i utgangspunktet nokså klart at misbruksregelen i § 28 fjerde ledd ikke støter an mot flyktningkonvensjonen.
- (65) Imidlertid har UNHCR den 14. februar 2017 inngitt et skriftlig innlegg i saken etter tvisteloven § 15-8, hvor konklusjonen går i motsatt retning:

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

...

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

- (66) Slik jeg forstår erklæringen, mener UNHCR at en person har krav på beskyttelse i form av anerkjennelse som flyktning dersom vedkommende risikerer forfølgelse i sitt hjemland, uansett årsaken til dette, og at misbruksbestemmelsen går lenger enn det flyktningkonvensjonen åpner for. UNHCR viser primært til at artikkel 1 A (2) verner alle som risikerer forfølgelse, og som er utenfor hjemlandet, og at artikkel 1 C (4) og 1 D-F uttømmende regulerer adgangen til å nekte flyktningstatus. Spørsmålet om opportunistisk asylgrunnlag må løses ut fra det generelle kravet om at det må foreligge et genuint beskyttelsesbehov, og ikke ut fra en vurdering av om det er handlet med "ond vilje". Det er vist til at UNHCR har hatt et konsistent syn på spørsmålet og til den vekt flyktningkonvensjonen er tillagt av andre internasjonale organer som Den europeiske menneskerettsdomstolen og EU.
- (67) UNHCRs synspunkter faller i hovedsak sammen med de anførslene jeg allerede har kommentert. Selv om det generelt sett er grunn til å legge stor vekt på UNHCRs syn i flyktningsspørsmål, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 73, kan jeg ikke se at uttalelsen her

har tilstrekkelig vekt til å kunne veie opp før øvrige rettskilder. Jeg viser for øvrig til at UNHCRs syn også var kjent for norske myndigheter da man ga bestemmelsen i § 28 fjerde ledd, uten at det førte fram, jf. proposisjonen kap. 5.5.5.

- (68) Av uttalelsen fremgår dessuten at det særlig er vernet mot utsendelse som begrunner UNHCRs standpunkt. Jeg minner da om at A er gitt vern mot retur etter utlendingsloven § 73 og har midlertidig oppholdstillatelse etter § 74. Det spørsmålet som er til vurdering i vår sak, er utelukkende om han har krav på flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 med de utvidete rettigheter som det gir. Rekkevidden av den mest sentrale bestemmelsen i flyktningkonvensjonen, artikkel 33 om vern mot hjemsendelse, er det da ikke nødvendig å gå inn på.
- (69) Jeg tilføyer at etter mitt syn gir også reelle hensyn støtte for en tolkning av bestemmelsen i tråd med statens syn. Det kan selvsagt være bevismessig vanskelig å fastslå hva som er en persons motiv for å foreta seg handlinger som utløser forfølgelsesfare. Og som også UNHCR har anført, så har asylsøkere rett til å engasjere seg i politisk aktivitet og lignende selv om de er utenfor hjemlandet. Jeg er likevel enig med staten i at det å gi flyktningstatus i misbrukstilfellene, vil kunne undergrave asylinstituttets legitimitet og effektivitet og kunne oppleves urettferdig for flyktninger med et genuint beskyttelsesbehov.
- (70) Ankende part har subsidiært anført at den norske bestemmelsen går for langt. Jeg kan ikke se at dette er et annet spørsmål enn det jeg allerede har vært gjennom. Atter subsidiært er det anført at lagmannsrettens dom lider av mangelfulle domsgrunner. Dette spørsmålet ligger utenfor det som er henvist til behandling i Høyesterett.
- (71) Jeg kan etter dette ikke se at UNEs vedtak er ugyldig som følge av uriktig rettsanvendelse. Anken må etter dette forkastes.
- (72) Staten har ikke krevd sakskostnader for Høyesterett.
- (73) Jeg stemmer for slik

#### D O M :

Anken forkastes.

- (74) Kst. dommer **Kaasen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (75) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (76) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (77) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (78) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekrefte: