



NORGES HØYESTERETT

Den 31. januar 2012 avsa Høyesterett dom i

HR-2012-00248-A, (sak nr. 2011/1673), sivil sak, anke over dom,

A

B

(advokat Brynjar Meling – til prøve)

mot

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Wennerås)

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

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder gyldigheten av Utlendingsnemndas vedtak om å nekte asyl – nærmere bestemt om det er situasjonen på flukt- eller vedtakstidspunktet som skal legges til grunn ved anvendelsen av flyktningskonvensjonen artikkel 1 A (2) annet ledd om dobbelt statsborgerskap.
- (2) A er født i 1984 og er etnisk serber fra X kommune i Kosovo. Hun har ingen tilknytning til Serbia.
- (3) As ektefelle, B, er født i 1979 med en etnisk serbisk mor og en kroatisk far. Han anses derfor som etnisk serber og kroat. B er oppvokst i Y kommune i Kosovo.
- (4) Ektefellene flyktet fra Kosovo og kom sammen til Norge den 26. september 2007. De søkte asyl ettersom de fryktet for sine liv og sin sikkerhet i Kosovo. For A er frykten begrunnet i hennes etnisitet som serber og hennes ektefelles kroatisk opprinnelse. Deres forhold aksepteres ikke i hjemlandet. Bs frykt er begrunnet i at albanerne ser på ham som serber, mens serberne ser på ham som kroat.

- (5) Kosovos parlament erklærte den 17. februar 2008 enstemmig uavhengighet fra Serbia. Parlamentet vedtok videre den 20. februar samme år lover om statsborgerskap, diplomatisk immunitet, etablering av politistyrke og lignende.
- (6) Det serbiske parlamentet besluttet den 18. februar 2008 å kjenne Kosovos uavhengighetserklæring ugyldig. Etter serbisk syn er Kosovo fortsatt serbisk territorium, og borgerne av landet anses fortsatt å være serbiske statsborgere.
- (7) Norge anerkjente republikken Kosovo som selvstendig stat ved kongelig resolusjon den 28. mars 2008.
- (8) Utlendingsdirektoratet (UDI) av slo den 8. mai 2008 asylsøknadene fra A og B. Etter klage opprettholdt Utlendingsnemnda (UNE) avslagene i vedtak av 27. november 2008. Ektefellene krevde forgiveves at vedtakene ble omgjort.
- (9) I avgjørelsene kom UNE til at ektefellene hadde vern mot utsendelse til Kosovo. Nemnda la imidlertid til grunn at Kosovo og Serbia – gjennom Norges anerkjennelse av Kosovo som selvstendig stat – var to atskilte stater, og at innbyggerne av republikken Kosovo både er statsborgere av Kosovo og Serbia.
- (10) UNE fant videre at Serbia ikke returnerer etniske serbere til Kosovo og at ektefellene ville ha tilgjengelig og effektiv beskyttelse fra serbiske myndigheter. Søkerne var dermed etter flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) annet ledd henvist til å søke beskyttelse i Serbia som deres annet statsborgerland.
- (11) Ektefellene pliktet etter nemndas vedtak å forlate Norge frivillig. A og B reiste den 31. mars 2009 ugyldighetssøksmål mot staten v/Utlendingsnemnda. Det ble også krevd midlertidig forføyning mot iverksetting av vedtaket. Kravet ble senere frafalt da utlendingsmyndighetene hadde besluttet å utsette iverksettelsen inntil tingrettens avgjørelse forelå.
- (12) A og B gjorde blant annet gjeldende at de hadde hatt flyktningstatus helt siden flukten fra Kosovo. De mente å ha rett til asyl etter utlendingsloven av 1988 § 17, jfr. § 16 og flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) første ledd da det etter deres oppfatning ikke var tilgjengelig og effektiv beskyttelse for dem i Serbia ved retur dit.
- (13) Søksmålet ble forent med en tilsvarende sak, men stanset i påvente av avgjørelsen i en parallell tvist. Etter igangsetting avsa Oslo tingrett den 21. mai 2010 kjennelse og dom med slik slutning for så vidt gjelder de ankende parter:
- ”1. **Kravet om midlertidig forføyning heves.**
 2. **Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.**
 3. **Saksomkostninger tilkjennes ikke.”**
- (14) Ektefellene anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som den 15. august 2011 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. **Anken forkastes.**
 2. **Sakskostnader for lagmannsretten tilkjennes ikke.”**

- (15) A og B har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (16) Høyesteretts ankeutvalg traff den 10. november 2011 slik beslutning:
- ”Anken tillates fremmet for så vidt gjelder lagmannsrettens generelle forståelse av utlendingsloven § 16 første ledd, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1 A. For øvrig tillates anken ikke fremmet.”**
- (17) Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (18) De ankende parter – A og B – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Flukten fant sted lenge før Kosovo erklærte sin uavhengighet fra Serbia og vedtok egen statsborgerlovgivning. Ektefellene hadde derfor bare ett statsborgerskap da de søkte asyl i Norge. Deres flyktningstatus skulle etter dette vært avgjort etter flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) første ledd. Annet ledd omhandler person som *har* statsborgerrett i mer enn ett land. Bestemmelsen tar sikte på situasjoner der det foreligger flere stater og flere statsborgerskap på flukttidspunktet.
- (20) Konvensjonens formål om å gi beskyttelse, tilsier at det er situasjonen på flukttidspunktet som må være avgjørende. Dersom beskyttelsesbehovet bortfaller i tiden mellom flukten og vedtaket, fanges dette opp av konvensjonens artikkel 1 C (5) om opphør av flyktningstatus.
- (21) Tolkningen støttes av utlendingsloven av 1988 § 17 som sier at flyktning som ”er” i riket eller på norsk grense har rett til asyl her etter søknad. Ordlyden tilsier at bedømmelsen av flyktningstatusen skal knyttes til tidspunkter som ligger forut for at vedkommende ankommer her og dermed forut for vedtakstidspunktet.
- (22) Dette endres ikke av at statspraksis gjennomgående legger vedtakstidspunktet til grunn for bedømmelsen av flyktningstatus. Statspraksis favner ikke det som er situasjonen i foreliggende sak, nemlig at søkeren passivt og ufrivillig har oppnådd sitt andre statsborgerskap etter flukten.
- (23) UNEs vedtak bygger etter dette på uriktig rettsanvendelse og er av den grunn ugyldig.
- (24) De ankende parter har nedlagt slik påstand:
- ”1. Vedtak fra Utlendingsnemnda av 27. november 2008 og etterfølgende beslutning av 11.02.09 i omgjøringsaken, kjennes ugyldig.**
- 2. Saksøkte tilpliktes å betale sakens omkostninger for alle instanser, tillagt lovens forsinkelsesrente regnet fra forfall og til betaling skjer.”**
- (25) Ankemotparten – *Staten v/Utlendingsnemnda* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (26) Vedtaket er gyldig. Konvensjonens artikkel 1 A (2) må ut fra ordlyden og formålet forstås slik at flyktningstatus og statsborgerskap avgjøres etter situasjonen på vedtakstidspunktet, og ikke på flukttidspunktet. Denne forståelsen styrkes av en helt entydig statspraksis,

herunder EU-direktiv 2004/83, av oppfatningen til FNs høykommissær for flyktninger, og av andre rettskilder.

- (27) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:

”Anken forkastes.”

- (28) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*

- (29) De omtvistede vedtakene er avgjort etter utlendingsloven av 1988. Retten til asyl er regulert i denne lovens §§ 16 og 17. I § 17 heter det at flyktning som er i riket eller på norsk grense, har rett til asyl her etter søknad. Bestemmelsen sier ikke noe om hvilket tidspunkt som er avgjørende for konstatering av flyktningstatus.

- (30) Hvem som har flyktningstatus er regulert i § 16. Bestemmelsen lyder:

”Flyktning etter loven er utlending som går inn under flyktningekonvensjonen 28. juli 1951 art. 1 A, jfr. protokoll 31. januar 1967.”

- (31) Det kan nevnes at § 28 i gjeldende utlendingslov av 15. mai 2008 nr. 35 inneholder – gjennom en forkortet gjengivelse av og henvisning til flyktningkonvensjonen artikkel 1 A – en tilsvarende regulering som 1988-loven §§ 16 og 17 av hvem som har rett til opphold som flyktning. Jeg kommer senere tilbake til betydningen av forarbeidene til 2008-loven for tolkningsspørsmålet i foreliggende sak.

- (32) Henvisningsteknikken som lovgiver har valgt, innebærer at flyktningkonvensjonens artikkel 1 A er styrende for hvem som har flyktningstatus etter norsk rett. Saken her knytter seg til artikkel 1 A (2) første og annet ledd. Første ledd definerer flyktning som enhver person som

”(a)s a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of particular social group or political opinion, is outside the country of nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.”

- (33) Bestemmelsen angir 1. januar 1951 som skjæringstidspunkt for hvilke begivenheter som kan tas i betraktning som grunnlag for flyktningstatus. Etter protokoll 31. januar 1967, som det også er vist til i utlendingslovens bestemmelse, har imidlertid statene forpliktet seg til å anvende konvensjonen uavhengig av denne tidsfristen.

- (34) I annet ledd heter det så:

”In the case of a person who has more than one nationality, the term ‘the country of his nationality’ shall mean each of the countries of which he is a national, and a person shall not be deemed to be lacking the protection of the country of his nationality if, without any valid reason based on well-founded fear, he has not availed himself of the protection of one of the countries of which he is a national.”

- (35) FN's høykommissær for flyktninger har i "Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktnings rettsstilling" (2003) avsnitt 106, uttalt følgende om bestemmelsens innhold:

"Denne klausulen, som stort sett er selvforklarende, har til hensikt å utelukke fra flyktningstatus alle personer som har dobbelt eller multipelt statsborgerskap, og som kan påberope seg beskyttelse fra minst ett av de land de er borgere av. Hvor nasjonal beskyttelse er tilgjengelig, skal den velges fremfor internasjonal beskyttelse."

- (36) Spørsmålet i saken er om lagmannsretten har anvendt loven riktig når den har lagt til grunn at det etter konvensjonen – og dermed etter utlendingsloven – er vedtakstidspunktet, og ikke tidspunktet de ankende parter flyktet fra Kosovo, som er avgjørende for hvilke land de kan anses som borgere av.
- (37) Det tidspunktet som legges til grunn for bedømmelsen av om en person har flyktningstatus i forhold til det land han er borger av etter første ledd, er nødvendigvis det samme tidspunktet som må legges til grunn ved bedømmelsen av om han er statsborger i mer enn ett land etter annet ledd. Fastleggelsen av hvilket tidspunkt som er avgjørende for vurderingen, beror på en tolkning av konvensjonen.
- (38) Wienkonvensjonen av 1969 om traktater artikkel 31-33 angir prinsipper for traktattolkning. Det følger av artikkel 31 nr. 1 at en traktat "shall be interpreted 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". Norge har ikke tiltrådt konvensjonen, men de nevnte bestemmelsene gir uttrykk for folkerettslig sedvanerett, jf. Rt. 2010 side 858 avsnitt 38. Konvensjonens ordlyd og formål er etter dette fremtredende elementer ved traktattolkning etter den alminnelige folkeretten.
- (39) Artikkel 1 A (2) annet ledd omhandler person som *har* statsborgerrett i mer enn ett land. Bestemmelsen refererer til de land vedkommende *er* borger av. Etter første ledd er det tale om situasjonen når søkeren *er* utenfor det land vedkommende er borger av og *er* uvillig til å returnere til statsborgerlandet. Etter min oppfatning gir allerede presensformen sterke holdepunkter for at artikkel 1 A (2) henviser til hva som er situasjonen på vedtakstidspunktet.
- (40) Denne forståelsen styrkes av at det under utarbeidelsen av konvensjonen var foreslått at flyktningstatus skulle omfatte den som "has had, or has" velgrunnet frykt for forfølgelse, jf. Draft convention relating to the status of refugees, inntatt under Agenda item 32 i United Nations Official Records of the General Assembly, Fifth Session, 1950, Annexes Volume I, Document A/1385 Appendix II, side 10. Det endelige forslaget til ordlyd ble imidlertid modifisert til det som nå er konvensjonens tekst, jf. Document A/C.3/L.131/Rev.1 som er inntatt i referatet på side 20. I følge James C. Hathaway, The Law of Refugee Status (1991) side 69 skyldes dette at man under forberedelsen av konvensjonen var blitt enige om at
- "... past persecution should be omitted in favour of the 'well founded fear of being persecuted' standard, involving evidence of a present or prospective risk in the country of origin."**
- (41) Følgelig må ordlyden forstås slik at man ikke har ment at flyktningstatus skal avgjøres ut fra en situasjon som ligger forut for vedtakstidspunktet.

- (42) Å forstå ordlyden slik at situasjonen på vedtakstidspunktet er avgjørende for vurderingen av flyktningstatus, harmonerer godt med at traktatens formål er å gi beskyttelse til personer som ikke kan oppnå dette i hjemlandet, jf. også Rt. 2010 side 858 avsnitt 41. Beskyttelsesformålet krever ikke at man tillegger historiske forhold betydning dersom disse ikke lenger gjør internasjonalt vern nødvendig.
- (43) Effektivitetshensyn og retts tekniske hensyn taler også for at prøvingen skal bygge på en nåtidsvurdering. Avgjørelsen av om søkeren er flyktning vil kunne vanskeliggjøres dersom situasjonen på tidspunkter som ligger forut for vedtakstidspunktet, skulle være bestemmende for flyktningstatusen – med de bevisvansker som da ville kunne oppstå.
- (44) Jeg oppsummerer så langt med at konvensjonens ordlyd og formål klart tilsier at det er situasjonen på vedtakstidspunktet som må være avgjørende for de vurderinger som skal foretas etter artikkel 1 A (2) første og annet ledd – det vil si både med hensyn til om det foreligger velbegrunnet frykt for at det land vedkommende er borger av ikke kan gi effektiv beskyttelse, og med hensyn til om vedkommende er borger av mer enn ett land. Selv om saken her bare gjelder det siste spørsmålet, skal – som allerede nevnt – det samme tidspunktet legges til grunn ved vurderingen av begge spørsmålene.
- (45) Som pekt på i Rt. 2010 side 858 avsnitt 43, vil det ved traktatolkning bare unntaksvis kunne tenkes at det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger må vike for andre rettskilder. Situasjonen i saken her er imidlertid at andre rettskilder, slik som statspraksis og utenlandske domstolers praksis, oppfatningen hos FNs høykommissær for flyktninger og internasjonal juridisk teori, entydig bekrefter den forståelse jeg allerede har gitt uttrykk for.
- (46) For så vidt gjelder statspraksis nøyer jeg meg med å nevne at det i forarbeidene til utlendingsloven av 2008 heter at det i denne praksis har vært lagt mer eller mindre ensidig vekt på risikobildet slik dette avtegner seg på vedtakstidspunktet i et fremoverskuende perspektiv, jf. NOU 2004: 20 side 120. Departementet sluttet seg i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 88 til denne beskrivelsen. Dette gir en ytterligere bekreftelse på at det er vedtakstidspunktet som skal være styrende for bedømmelsen etter artikkel 1 A (2).
- (47) I denne forbindelse oppfatter jeg EU-direktiv 2004/83/EC som en bekreftelse på hva som er statspraksis på europeisk nivå. Direktivet gir minimumsregler for medlemslandenes lovgivning for klassifiseringen av borgere fra tredjeland som flyktninger. Det er i definisjonskatalogen i artikkel 2 bokstav b vist til FNs flyktningkonvensjon, samtidig som ”flyktning” er definert på samme måte som i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) første ledd, se direktivets artikkel 2 bokstav c. Når det gjelder hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for vurderingen av flyktningstatus, gir direktivet anvisning på at en søknad om internasjonal beskyttelse skal avgjøres på individuelt grunnlag der man tar i betraktning ”all relevant facts as they relate to the country of origin at the time of taking the decision”, jf. artikkel 4 nr. 3 bokstav a. Dette gir nok en bekreftelse på at det er vedtakstidspunktet som skal legges til grunn.
- (48) I forlengelsen av statspraksis er det naturlig å nevne at det britiske House of Lords i en avgjørelse datert 10. mars 2005 (Hoxha) har sluttet seg til forståelsen av at perspektivet ikke skal være bakoverskuende, men konsentreres om risikoen for eksisterende eller

fremtidig forfølgelse i søkerens hjemland. I avsnitt 12 fremholdes blant annet under henvisning til James Hathaways beskrivelse av konvensjonshistorien som jeg tidligere har redegjort for:

”As Professor Hathaway explains at p 68, the compromise that emerged from the drafting process when the definition of the purposes of the Convention was being formulated was to reject the past assessment of risk and to establish instead present or prospective assessment of risk as the norm for refugee protection. ... The words ‘or had’ which had been included in para 6B of the Statute were omitted from art 1 A (2) of the Convention. It is plain from the drafting history that this was no accident. ...”

- (49) Videre nevner jeg at House of Lords i en avgjørelse 2. april 1998 (Adan) uttalte at det ville medføre vanskeligheter om man skulle knytte vurderingen til andre tidspunkter enn til situasjonen på vedtakstidspunktet. Om dette uttales det:

”For a test which required one to look at historic fear, and then ask whether that historic fear which, ex hypothesi, no longer exists is nevertheless the cause of the asylum-seeker being presently outside his country is a test which would not be easy to apply in practice. This is not to say that historic fear may not be relevant. It may well provide evidence to establish present fear. But it is the existence, or otherwise, of present fear which is determinative. ...”

- (50) FNs høykommissær har i sin håndbok avsnitt 106 – som jeg allerede har sitert – gitt uttrykk for at når nasjonal beskyttelse ”er tilgjengelig”, skal den velges fremfor internasjonal beskyttelse. Håndboken bør generelt sett tillegges atskillig vekt, jf. Rt. 2010 side 858 avsnitt 44 med ytterligere henvisninger. Hvilken beskyttelse som ”er tilgjengelig” er etter min oppfatning en nåtidsvurdering som bare kan avgjøres ut fra forholdene på vedtakstidspunktet.
- (51) A og B har – på tross av hva som måtte følge av ordlyd og formål – under henvisning til bestemmelsen i artikkel 1 C om opphørsgrunner gjort gjeldende at vurderingen av flyktningstatus skal foretas med utgangspunkt i en situasjon som ligger forut for vedtakstidspunktet. Jeg er ikke enig i at denne bestemmelsen endrer på hva som følger av en tolkning av artikkel 1 A (2).
- (52) Flyktningstatus kan opphøre eksempelvis etter artikkel 1 C (5) ”because the circumstances in connection with which he has been recognized as a refugee have ceased to exist”. Selv om flyktning er noe man er, og ikke en status man erverver gjennom vedtak, kan begrepet ”recognized” ikke tas til inntekt for et syn om at konvensjonens system går ut på at man på vedtakstidspunktet må vurdere om en tidligere ”recognized” – det vil si velervervet – flyktningstatus skal bringes til opphør. Dette ville bryte med konvensjonens system. Med begrepet ”recognized” siktes her nettopp til asylvedtaket. Av FNs høykommissærs manual – Refugee Status Determination (2005) – fremgår nettopp at opphør ikke er del av avgjørelsen av flyktningstatus. Dokumentet har til formål å danne grunnlag for en felles forståelse av flyktningbegrepet blant høykommissærens ansatte og partnere i konvensjonsstatene. I pkt. 4.3 heter det blant annet:

”Cessation does not form part of the refugee status determination process. Article 1 C of the 1951 Convention can only be applied to a person who has been recognized as a refugee. It is not an exclusion clause and should not be applied at the eligibility stage, where the relevant inquiry is first, whether the applicant meets the criteria for inclusion under Article 1 A (2) of the 1951 Convention, ...”

- (53) Avslutningsvis nevner jeg at det i en samstemt internasjonal juridisk teori er lagt til grunn at flyktningstatus etter artikkel 1 A (2) krever velbegrunnet frykt på vedtakstidspunktet. Blant enkeltstående forfattere viser jeg her til James Hathaway side 68, som jeg tidligere har sitert. Videre viser jeg til Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*, side 449 note 625. Et noe mer altoverskuende standpunkt til hva som er hevdet i internasjonal teori fremkommer i House of Lords avgjørelse 2. april 1998 (Adan). Der heter det at "[s]o far as I am aware the suggestion that anything other than a current fear of persecution will suffice has never even been mooted"; altså at ingen teoretiker noen gang har hevdet annet enn at flyktningstatus må avgjøres ut fra situasjonen på vedtakstidspunktet.
- (54) Jeg skylder her å nevne at Terje Einarsen i *Retten til vern som flyktning* (2000), side 506 og i Vigdis Vevstad (red.) *Utlendingsloven – Kommentarutgave* (2010) side 183–184, gir uttrykk for et avvikende syn. Jeg kan ikke se at det er rettskildemessig dekning for dette.
- (55) Anken må etter dette forkastes. Det er ikke krevd sakskostnader.
- (56) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (57) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (58) Kst. dommer **Arnesen:** Likeså.
- (59) Dommer **Noer:** Likeså.
- (60) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (61) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.

Riktig utskrift bekreftes: