



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E O G D O M

avsagt 17. september 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Erik Møse
dommer Wilhelm Matheson
dommer Henrik Bull
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Kine Steinsvik

HR-2020-1799-A, (sak nr. 20-007344SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 4. november 2019

Staten v/Utlendingsnemnda

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Ane Sydnes Egeland – til prøve)

mot

A

(advokat John Christian Elden)

Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)
(partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

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

(1) Dommer **Matheson:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder spørsmålet om det ved vurderingen av vilkåret «velbegrunnet frykt for forfølgelse» etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a kan legges vekt på at retur av asylsøkeren etter avslag eventuelt vil skje ved tvang.
- (3) A er iransk statsborger. Hun er født i 1995 og fikk i 2008 visum for å reise til Norge sammen med sin mor B og eldre bror C. Formålet med reisen var å besøke faren som allerede hadde opphold her. Slik de underliggende instanser har forstått det, ødela familiemedlemmene passene sine da de kom til Norge.
- (4) Moren søkte etter ankomsten om asyl for seg og barna. Utlendingsnemnda ga 2. februar 2010 endelig avslag på søknaden, men familiemedlemmene lot være å returnere til Iran. Senere fremmet de forgjeves flere krav om omgjøring av avslaget. Ettersom det ikke er mulig å gjennomføre tvangsretur til Iran uten pass, har A fortsatt å bo på asylmottak i Norge.
- (5) Faren døde i februar 2016. Moren, broren og A reiste i oktober 2017 søksmål der det ble nedlagt påstand om at Utlendingsnemndas vedtak og beslutninger i saken er ugyldige. Saksforberedelsen ble stillet i bero i påvente av at nemnda skulle vurdere saksøkernes seneste krav om omgjøring. Som grunnlag for omgjøring gjorde alle tre gjeldende at de risikerte forfølgelse i Iran på grunn av brorens regimekritiske aktiviteter og morens og As familietilknytning til ham, og fordi alle hadde konvertert til kristendommen.
- (6) I vedtak 16. februar 2018 ble broren innvilget opphold i ett år fordi nemnda mente at han på grunn av sin politiske virksomhet i Norge risikerte forfølgelse ved retur til Iran. For morens og As del ble kravet om omgjøring avslått. A fikk frist til 9. mars 2018 med å reise ut av landet.
- (7) Etter hovedforhandling avsa Oslo tingrett 30. oktober 2018 dom og kjennelse med slik slutning i den delen som gjaldt moren og A:
- «1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.
 - 2. B og A betaler kroner 79 759 ,- i sakskostnader til staten v/Utlendingsnemnda innen to uker etter at avgjørelsen er forkynt.»
- (8) De to anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 4. november 2019 avsa dom med slik domsslutning i den delen som gjaldt A.
- «1. UNEs beslutning 16. februar 2018 er ugyldig.
 - 2. Staten v/Utlendingsnemnda betaler kroner 120 000 – etthundreogtyvetusen – i sakskostnader for lagmannsretten til A innen to uker etter at dommen er forkynt.
 - 3. Staten v/Utlendingsnemnda betaler kroner 185 843

– etthundreogåttifemtusenåttehundreogførtitre – i sakskostnader for tingretten til A innen to uker etter at dommen er forkynt.»

- (9) I den delen av saken som gjaldt moren, ble anken forkastet og staten tilkjent sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.
- (10) Staten har anket dommen for så vidt gjelder A til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og reiser et spørsmål som ikke har vært et tema i tidligere instanser – betydningen av en mulig tvangsretur.

Partenes syn på saken

- (11) Den ankende part – *staten ved Utlendingsnemnda* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (12) Lagmannsretten har ved vurderingen av om det foreligger velbegrunnet frykt for forfølgelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, lagt avgjørende vekt på asylsøkerens situasjon ved tvangsretur. Staten har rettslig interesse i å få prøvd om vektleggingen av en mulig tvangsretur bygger på riktig lovforståelse.
- (13) Hverken ordlyden i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) eller konvensjonens formål og forarbeider løser det materielle spørsmålet saken reiser. Artikkel 1 A er gjennomført i norsk rett ved utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a.
- (14) Det er forholdene på vedtakstidspunktet som er avgjørende for vurderingen av om søkeren kan gis flyktningstatus etter konvensjonen. Dette taler for at den situasjonen som oppstår om et avslag ikke etterleves og senere eventuelt må effektueres ved tvang, ikke kan trekkes inn allerede ved behandlingen av spørsmålet om søkeren kan anerkjennes som flyktning.
- (15) Statspraksis eller andre internasjonale rettskilder som EUs status- og returdirektiver, UNHCRs håndbok eller uttalelser i juridisk teori tilsier ikke en annen løsning.
- (16) Noe annet følger heller ikke av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. Hverken forarbeidene til gjeldende lov eller til utlendingsloven 1988 berører spørsmålet.
- (17) Statens syn er i tråd med fast og langvarig forvaltningspraksis. Den går blant annet ut på at behovet for vern mot utsendelse ved tvang blir vurdert av utlendingsmyndighetene på utsendelsestidspunktet etter bestemmelser i utlendingsloven § 90. Dette er i samsvar med utlendingslovens system som uansett avgjør tolkningsspørsmålet.
- (18) Lovens ordning er at avslag på asylsøknad etter § 28 utløser en plikt for utlendingsmyndigheten til å vurdere om opphold kan gis på humanitært grunnlag etter § 38. Dette taler mot å tolke § 28 utvidende. Kompetansen til å effektuere vedtak om avslag på asyl gjennom tvangsretur kan dessuten bare utøves innenfor rammen av det absolutte returvernet etter utlendingsloven § 73. Denne bestemmelsen er til hinder for at utlendingen sendes til et område der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd.
- (19) Avslag på søknad om asyl gir søkeren en straffesanksjonert plikt til å forlate riket. Om nødvendig kan returen gjennomføres ved tvang. Rettssikkerhetsgarantier i loven sikrer

imidlertid at det på iverksettingstidspunktet kan foretas en ny vurdering av spørsmålet om opphold der det er grunnlag for det.

- (20) Systembetragtninger tilsier at de konsekvenser en eventuell tvangsretur kan få for utlendingen ved tilbakekomsten til hjemlandet, må vurderes på iverksettingstidspunktet, og ikke på vedtakstidspunktet. Dersom det allerede ved søknadsbehandlingen skulle være relevant å legge vekt på forhøyet risiko for forfølgning dersom tvangsretur blir aktuelt, gis et insentiv til å motsette seg frivillig retur og vanskeliggjøre uttransportering. Dette ville undergrave lovens ordning. Reelle hensyn taler derfor for at statens forståelse av § 28 første ledd bokstav a er riktig.
- (21) Staten ved Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:
- «Lagmannsrettens dom oppheves.»
- (22) Ankemotparten – A – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (23) Staten har ikke rettslig interesse i å få avgjort spørsmålet om det ved vurderingen av faren for forfølgelse kan vektlegges at eventuell retur vil skje ved tvang.
- (24) Hverken Utlendingsnemnda eller de tidligere rettsinstanser har behandlet dette temaet. Det er utledet av statens tolkning av lagmannsrettens domsgrunner. Denne tolkningen er feil. Anken reiser derfor – når lagmannsrettens dom forstås riktig – bare et hypotetisk spørsmål. Dette er til hinder for at staten har den nødvendige rettslige interesse i at anken fremmes.
- (25) I saken her er terskelen for forfølgelsesfare dessuten overskredet uavhengig av om en eventuell retur skjer frivillig eller blir gjennomført ved tvang. Bevis som er fremlagt om at iranere som returnerer, blir nøye undersøkt og avhørt ved ankomst, bekrefter dette. Ettersom returnmåten ikke har betydning for sakens utfall, har staten ikke reelt behov for å få prøvd det spørsmålet som har begrunnet anketillatelsen. Dette må føre til at anken avvises, eventuelt at ankesaken heves.
- (26) Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a er under enhver omstendighet ikke til hinder for å vektlegge at en eventuell retur vil foregå ved tvang.
- (27) Utgangspunktet for vurderingen av risiko ved retur er en fri, helhetlig, individuell og objektiv bevisbedømmelse uten krav til sannsynlighetsovervekt. Det er utlendingsmyndighetene som har bevisbyrden for at det er trygt å returnere.
- (28) Standarder som følger av EUs statusdirektiv og rettspraksis fra EU-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen, viser klart at vedtaksorganet alltid må foreta en fremtidsrettet vurdering av *alle* forhold som kan ha betydning for om utlendingen risikerer forfølgelse ved retur til hjemstaten.
- (29) Det er på dette punktet ikke grunnlag for å skille mellom tvungen og frivillig retur. Et slikt skille bygger uansett på en fiksjon; frivillig retur for å unngå tvangsretur er ikke et fritt valg.
- (30) Noen entydig statspraksis med hensyn til om konsekvensene av returnmåten kan vektlegges ved vurderingen av flyktningsstatus, foreligger ikke. Fraværet av en entydig folkerettslig praksis innebærer likevel ikke at en nasjonal skjønnsmargin skal anvendes til søkerens

ugunst. Det avgjørende må være hva som faktisk skjer når utlendingen vender tilbake til hjemstaten.

- (31) Risikovurderingen må foretas uavhengig av hva som er det rettslige grunnlaget for utsendelsen, og hvordan returen foregår. Det er tilstrekkelig å frykte at A vil bli forfulgt dersom forholdet oppdages. I denne saken foreligger uansett bevis for at de forholdene som gir grunnlag for å forfølge henne, vil bli oppdaget om hun vender tilbake.
- (32) A har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken avvises.
 - Subsidiært: Anken forkastes.
 2. A tilkjennes sakens omkostninger.»
- (33) Partshjelperen – *Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS)* – har sluttet seg til ankemotpartens anførsler, også når det gjelder avvisningsspørsmålet.
- (34) NOAS har særlig fremhevet at selv staten tar utgangspunkt i at tvangsretur øker risikoen for forfølgelse sammenlignet med frivillig retur. Men staten tar feil når det anføres at dette er et forhold som ikke skal vurderes når vedtaket treffes, men først senere ved en uttransportering. Et krav om en helhetlig vurdering på vedtakstidspunktet av risiko ved retur ligger allerede i konvensjonens og utlendingslovens krav om frykt for forfølgelse. Den omfattende drøftelsen i lovforarbeidene av vilkåret om slik frykt inneholder ikke noe som kan tas til inntekt for statens syn, snarere tvert imot. Her fremkommer dessuten at terskelen for en velbegrunnet frykt er lav, og at det avgjørende er om risikoen for forfølgelse er reell. Slik risiko vil alltid bero på en antakelse om fremtiden. Det er derfor naturlig at også risiko ved sannsynlig tvangsretur vektlegges allerede på vedtakstidspunktet.
- (35) Det følger ikke av misbruksbestemmelsen i § 28 fjerde ledd andre punktum at det skal ses bort fra situasjonen ved mulig tvangsretur.
- (36) Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) har nedlagt slik påstand:
- «1. Prinsipalt: Anken avvises.
 2. Subsidiært: Anken forkastes.
 3. I begge tilfeller: Staten v/Utlendingsnemnda dømmes til å betale til Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) sakens kostnader for Høyesterett med tillegg av lovens til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.»

Mitt syn på saken

Avvisningsspørsmålet

- (37) Etter tvisteloven § 1-3 kan det reises krav for domstolene om rettskrav som saksøkeren har et reelt behov for å få avgjort overfor saksøkte. Dette kravet til rettslig interesse må være til stede under hele saksgangen.
- (38) A anfører at anken må avvises, idet den – når dommen leses riktig – bare reiser et hypotetisk rettsspørsmål. Det hevdes at staten derfor ikke har rettslig interesse i at anken fremmes. Hun gjør videre gjeldende at bevisene viser at premisset om tvangsretur uansett ikke var avgjørende for utfallet, noe som også innebærer at staten ikke har rettslig interesse i at anken fremmes.
- (39) Jeg vil her peke på at kravet til rettslig interesse utelukkende knytter seg til om en part har interesse i å få dom i samsvar med den påstand som er nedlagt for instansen hva gjelder de rettskrav som er reist i saken. *Rettskravet* etter tvisteloven § 1-3 første ledd er i saken her As krav om at Utlendingsnemndas avslag på søknaden om asyl kjennes ugyldig. Statens rettslige interesse i en overprøving av lagmannsrettens avgjørelse er knyttet til domsslutningen der rettskravet er avgjort. Skulle interessen i å få overprøvd slutningen ha gått tapt, måtte det ha skjedd endringer i de faktiske forholdene etter lagmannsrettens dom, eksempelvis når rettskravet etter tvisteloven § 1-3 taper sin aktualitet under saksgangen.
- (40) Hvorvidt det som har begrunnet anken – uttalelser om tvangsretur i lagmannsrettens domsgrunner – er riktig eller ikke, er et realitetsspørsmål, og ikke et avvisningsspørsmål.
- (41) Spørsmålet om situasjonen ved frivillig retur til Iran er den samme som ved tvangsretur, er også et spørsmål om realiteten i saken. Det er ikke lagt opp til behandling av dette siste bevissspørsmålet i Høyesterett. Ved en eventuell opphevelse av lagmannsrettens dom vil anførslene på dette punktet være i behold.
- (42) Jeg finner det etter dette klart at anken kan fremmes.

Er tvangsretur vektlagt i lagmannsrettens vurdering?

- (43) Før jeg går detaljert inn på de omtvistede domsgrunnene og tar stilling til om situasjonen ved tvangsretur har vært bestemmende for lagmannsrettens konkrete rettsanvendelse, skal jeg kort gjøre rede for enkelte sider ved sakskomplekset:
- (44) I den underliggende saken om flyktningstatus er to ulike grunnlag for forfølgelse gjort gjeldende. For det første anføres at A og hennes mor risikerer forfølgelse fordi de begge har konvertert til kristendommen. Dernest er det hevdet at de risikerer forfølgelse på grunn av familierelasjonen til As bror, som driver politisk aktivitet. Partene er enige om at det er de to grunnlagene sett i sammenheng som er avgjørende for asylvurderingen.
- (45) Lagmannsretten har først bedømt disse grunnlagene enkeltvis og kommet til at det «[a]lt i alt er ... relativt liten risiko for» at A ved retur vil bli utsatt for forfølgelse basert på *konverteringen* alene. Den mener dernest at det foreligger en viss risiko for reaksjoner fra myndighetene på grunn av *familietilknytningen* til broren. Om betydningen av denne relasjonen har lagmannsretten likevel konkludert slik:

«Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at det foreligger reell risiko for reaksjoner som når opp til terskelen for forfølgelse i lovens forstand.»

- (46) Ved bedømmelsen av den *samlede risikoen* for forfølgelse har lagmannsretten uttalt følgende om As mor:

«Når det gjelder B, legger lagmannsretten til grunn at risikoen for forfølgelse er såpass liten, både når det gjelder forfølgelse som knytter seg til hennes konvertering, og forfølgelse som knytter seg til hennes sønns politiske aktivitet, at terskelen for reell risiko for forfølgelse klart ikke er overskredet også om grunnlagene ses samlet. Lagmannsretten har i denne sammenheng også vurdert de forhold som er nærmere gjennomgått nedenfor når det gjelder A.»

- (47) Når det så gjelder den samlede risikoen for A, har lagmannsretten konkludert slik:

«Når det gjelder A, er lagmannsretten ovenfor kommet til at risikoen for forfølgelse grunnet hennes religiøse aktivitet er vesentlig større. Det må videre tas høyde for at de to forfølgelsesgrunnlagene vil kunne ha en viss gjensidig forsterkende effekt. Dersom A skulle bli arrestert grunnet aktivitet som konvertitt, vil det være fare for at myndighetene ser mer alvorlig på slik aktivitet dersom de ser denne i sammenheng med brorens politiske aktivitet. Seniorrådgiver Martinsen i NOAS forklarte at familiemedlemmer av politiske aktivister vil kunne ha oppmerksomheten rettet mot seg, og derved ha mindre rom for handlinger som myndighetene vil reagere på.

Den risikovurderingen som er foretatt ovenfor er først og fremst basert på opplysninger om forfølgelse av personer som allerede bor i Iran. Ved tvangsretur vil myndighetene vite at den returnerte har hatt en grunn til å ikke returnere frivillig. Det er ifølge seniorrådgiver Hovdenak i Landinfo rutine å bli tatt til side ved ankomst etter tvangsretur, der man må gjennom et avhør og også kan bli avkrevd brukernavn og passord til mobiltelefon og PC. Slik lagmannsretten ser det, er det stor sannsynlighet for at både konverteringen og brorens politiske aktivitet vil bli avdekket i forbindelse med et slikt avhør, blant annet ut fra informasjon som er lagt ut på nettet. Hun vil da kunne ha et dobbelt grunnlag for å allerede i utgangspunktet ha myndighetenes oppmerksomhet rettet mot seg, og på den måten en økt risiko for at utadrettet aktivitet som konvertitt fører til forfølgelse.

Lagmannsretten har vært i tvil om dette samlet sett innebærer at terskelen for reell risiko for forfølgelse i lovens forstand er overskredet. Staten har bevisbyrden for at det er trygt å returnere, og tvil skal komme søkeren til gode, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 414. Lagmannsretten vil i denne forbindelse peke på at UNE i sitt vedtak ikke har foretatt noen uttrykkelig vurdering av den samlede risikoen. Den manglende landfaglige vurderingen av det doble forfølgelsesgrunnlaget gjør at det ikke er grunnlag for tilbakeholdenhet i prøvingen på dette punktet.

Lagmannsretten er etter dette under noe tvil kommet til at A etter en samlet vurdering av forfølgelsesgrunnlagene har rett til beskyttelse i medhold av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a.»

- (48) Lagmannsrettens premisser må etter en alminnelig sammenhengende lesning klart forstås som at det ved tvangsretur er langt større sannsynlighet for at forhold som kan gi grunn til å frykte forfølgelse, vil bli oppdaget og forfulgt enn ved en annen returnmåte. Jeg er derfor ikke enig i As oppfatning av at formuleringene om tvangsretur ikke har hatt betydning for utfallet.

- (49) Utgangspunktet retten tok om at det ikke er mulig for norske myndigheter å tvangsreturnere A, endrer ikke dette. Det er riktignok vanskelig å forstå hvorfor situasjonen ved tvangsretur er blitt trukket inn når lagmannsretten samtidig bygget på at slik retur ikke kan gjennomføres på grunn av manglende reisedokumenter. Men dette viser at returnmåten har vært bestemmende for utfallet, uavhengig av om det er en sannsynlig eller tenkt retursituasjon retten har sett for seg.
- (50) Lagmannsrettens uttalelse når den kommer til at terskelen ikke er overskredet for morens del, bekrefter dette. Som tidligere sitert uttalte den:
- «Lagmannsretten har i denne sammenheng også vurdert de forhold som er nærmere gjennomgått nedenfor når det gjelder A.»
- (51) Uttalelsen kan vanskelig forstås på annen måte enn at retten også for moren har vurdert situasjonen ved tvangsretur, men – i motsetning til hva som vil være situasjonen for datteren – kommet til at slik retur ikke ville bringe risikoen for henne over terskelen for flyktningstatus.
- (52) Når lagmannsretten på denne bakgrunn etter «en samlet vurdering av forfølgelsesgrunnlagene» avslutningsvis kommer til at A har rett til beskyttelse i medhold av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, etterlater premissene liten tvil om at retten ved rettsanvendelsen har lagt vekt på situasjonen ved tvangsretur og latt dette spille en avgjørende rolle for konklusjonen.
- (53) Jeg går etter dette over til å vurdere om lagmannsrettens rettsanvendelse er riktig.

Kan situasjonen ved tvangsretur vektlegges ved den konkrete rettsanvendelsen under § 28 første ledd bokstav a?

Generelt

- (54) Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a lyder:
- «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, ...»
- (55) De relevante deler av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A, som loven viser til, lyder i norsk oversettelse:
- «For denne konvensjons formål skal betegnelsen 'flyktning' få anvendelse på enhver person som:

...

- (2) ... 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; ...»
- (56) Høyesterett har i HR-2017-569-A avsnitt 38 blant annet uttalt at utlendingsloven § 28 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.
- (57) Henvisningsteknikken som lovgiver har valgt, innebærer at flyktningkonvensjonen artikkel 1 A er styrende for hvem som kan anerkjennes som flyktning etter norsk rett, jf. Rt-2012-139 avsnitt 32. Dette gjør det naturlig først å undersøke om konvensjonen og annen internasjonal praksis av betydning for tolkningen legger føringer for hvordan utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a skal forstås.

Nærmere om forståelsen av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A

- (58) Konvensjonens ordlyd løser ikke spørsmålet om det kan legges vekt på at retur av søkeren etter avslag eventuelt vil skje ved tvang.
- (59) I forarbeidene til utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a er det lagt til grunn at statspraksis er relativt entydig om at «det er situasjonen på vedtakstidspunktet som er avgjørende», jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 88. Høyesterett har i tråd med dette, i Rt-2012-139, slått fast at situasjonen på vedtakstidspunktet er avgjørende for vurderingen av flyktningstatus, se avsnitt 39 og 42. I avsnitt 46 heter det i så måte at det er «risikobildet slik dette avtegner seg på vedtakstidspunktet i et fremoverskuende perspektiv» som skal være styrende for bedømmelsen etter flyktningkonvensjonen artikkel 1 A.
- (60) Etter mitt syn følger det ikke av dette at et slikt fremtidsblikk må ta opp i seg mulig økt risiko for forfølgelse på grunn av eventuell *tvangsretur*. På det tidspunktet det fremtidige risikobildet blir vurdert, er slik retur ikke besluttet, og man vet heller ikke om det noen gang blir aktuelt. Det vil da være unaturlig å vurdere flyktningstatus ut fra *sannsynligheten* for at retur senere vil måtte gjennomføres med tvang.
- (61) Høyesterett har tidligere slått fast at formålet med flyktningkonvensjonen 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-2012-494 avsnitt 36, se også HR-2017-569-A avsnitt 45. Formålsbetraktninger kan likevel ikke føre til at det på vedtakstidspunktet er nødvendig å vurdere enhver eventualitet som potensielt kan ha betydning for beskyttelsesbehovet, og som står i sammenheng med at utlendingen ikke etterkommer et avslag på asylsøknaden.
- (62) Staten har i sakens anledning undersøkt statspraksis gjennom «Intergovernmental Consultations on Migration, Asylum and Refugees», som er et forum for informasjonsutveksling mellom landene. Et av spørsmålene som ble stilt, var:

«Would the authorities in your state consider it appropriate to include in the risk-assessment a possible increased risk of persecution associated with a forced return of

the applicant, even though such forced return has not been decided yet and may not be implemented?»

- (63) Det er fremlagt svar fra tolv land, deriblant Sverige, Danmark, Finland og Tyskland. Mens svarene fra Sverige og Tyskland er blant dem som viser at tvangsretur ikke anses som et relevant forhold ved vurderingen av flyktningsstatus, uttrykker eksempelvis svaret fra Finland et annet syn. Det finske Migrationsverket opplyser der at en slik vurdering i de fleste tilfeller gjøres «in conjunction with the negative decision on international protection (in the same decision)». Hvorvidt svaret fra Danmark beskriver en tilsvarende situasjon som i Finland, er vanskeligere å avgjøre. Undersøkelsen samlet sett avklarer uansett at det ikke foreligger noen entydig statspraksis som kan ha betydning som tolkningsfaktor.
- (64) «Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection», utgitt senest i 2019 av FNs høykommissær for flyktninger – UNHCR – inneholder etter det jeg kan se, heller ikke noe om det som er spørsmålsstillingen i saken her. Håndboken gir ikke-bindende anbefalinger om tolkningen av flyktningskonvensjonen.
- (65) EUs statusdirektiv – som departementet anså «som et egnet grunnlag for utforming av nærmere bestemmelser» i norsk utlendingslovgivning, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 73 – setter standarder for internasjonal beskyttelse av tredjelandsborgere. Etter direktivet anses flyktningskonvensjonen som «the cornerstone» i internasjonal rett om beskyttelse av flyktninger, og direktivet anerkjenner nødvendigheten av å ha felles kriterier for dette, jf. fortalens punkt 4 og 24. Jeg kan imidlertid ikke se at direktivet ut over en bred angivelse av forhold som kan være relevante ved vurderingen av flyktningsstatus, peker i noen annen retning enn hva jeg allerede har lagt til grunn.
- (66) For ordens skyld nevner jeg at A har vist til uttalelser i avgjørelser fra EU-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) som etter mitt syn ikke endrer dette.
- (67) Min konklusjon er etter dette at flyktningskonvensjonen ikke gir holdepunkter for at situasjonen ved eventuell tvangsretur skal vektlegges ved avgjørelsen av søkerens flyktningsstatus.
- (68) Jeg går så over til å vurdere om dette spørsmålet stiller seg annerledes etter utlendingsloven.

Hva følger av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a mv.?

- (69) Ordlyden i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a gir – i likhet med konvensjonsteksten – ingen veiledning for spørsmålet om tvangsretur kan utgjøre et relevant moment ved vurderingen av flyktningsstatus. Temaet er heller ikke drøftet i forarbeider, praksis eller litteratur.
- (70) A har gjort gjeldende at situasjonen ved tvangsretur er dekket av de forhold som etter utlendingslovens forarbeider kan gi grunnlag for anerkjennelse som flyktningsstatus. Hun har i den forbindelse vist til NOU 2004: 20 side 118, der det heter at det sentrale vurderingsspørsmål «som oftest vil gjelde om det ut fra en objektivisert bedømmelse foreligger tilstrekkelig fare for at den anførte risiko faktisk vil materialisere seg i overgrep ved retur». Samme sted uttales at kravet til risiko ikke må settes strengere enn at «søkere

med en reell grunn til å frykte forfølgelse sikres rett til beskyttelse». Disse standardene er fulgt opp i lovproposisjonen, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 88. I proposisjonen understrekes dessuten at det må foretas «en helhetlig fri bevisbedømmelse», og at «det er situasjonen på vedtakstidspunktet som er avgjørende». Etter As oppfatning er situasjonen ved tvangsretur fullt ut dekket av disse anvisningene.

- (71) Jeg kan imidlertid ikke se at bedømmelsen etter utlendingsloven kan bli noen annen enn etter flyktningkonvensjonen på dette punktet. Selv om angivelsen i lovforarbeidene av hva som hører med i en slik fremtidsrettet vurdering er svært bredt anlagt, er det unaturlig å la ulike returnmåter ved et avslag få betydning for vurderingen av om utlendingen kan anerkjennes som *flyktning*. Jeg viser her til hva jeg tidligere har uttalt om dette i tilknytning til betydningen av situasjonen på vedtakstidspunktet under flyktningkonvensjonen. Dette spørsmålet kan altså ikke komme i noen annen stilling etter utlendingsloven.
- (72) Utlendingslovens system bekrefter etter mitt syn dette:
- (73) Utlendingsloven § 90 gir nærmere regler om iverksetting av vedtak etter loven. En utlending som får avslag på søknad om asyl, plikter å forlate riket, jf. § 90 sjette ledd. Plikten og ulike returnmåter er omtalt i Prop. 110 L (2013–2014) side 2. Det heter der at «[t]vangsretur er uttransportering av utlendinger som ikke etterkommer pålegg om å forlate landet innen utreisefristen». Pliktbrudd er straffesanksjonert, jf. utlendingsloven § 108 andre ledd bokstav a. Politidirektoratet har gitt instruks om blant annet gjennomføring av uttransporteringer.
- (74) Utlendingsmyndighetene kan blant annet instruere politiet om å utsette iverksettingen, jf. § 90 tiende ledd. I siste ledd heter det så:
- «Dersom en utlending påberoper seg omstendigheter som nevnt i § 28 på tidspunktet for iverksetting av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, og det ikke fremgår at det allerede er tatt standpunkt til de forholdene som påberopes, skal politiet forelegge spørsmålet om utsatt iverksetting for den myndigheten som har truffet vedtaket.»
- (75) Jeg til føyer at lovens § 73 om absolutt vern mot utsendelse fastslår at en utlending ikke kan sendes til et område «der vedkommende ville være i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd».
- (76) Dette viser at etter lovens system skal vurderingen av hvilken betydning en tvangsretur vil ha for utlendingen, legges til iverksettingstidspunktet for eventuell utsendelse. Loven inneholder garantier som skal sikre at en utlending som har fått avslag på søknad om flyktningstatus, ved utsendelsen ikke likevel skal risikere forfølgelse eller umenneskelig behandling mv. Det er også fremlagt forvaltningspraksis som viser at man søker å beskytte utlendingen mot dette. Tvangsretur gjennomføres da på en måte som begrenser utlendingens eksponering overfor hjemstaten, for eksempel ved at vedkommende ikke følges av norske myndigheter helt frem til grensen. Slik forsiktighet praktiseres der man ut fra landkunnskap anser det som usikkert om den returnerte vil risikere reaksjoner i form av forfølgelse dersom det blir kjent at vedkommende er tvangsreturnert.
- (77) Sterke reelle hensyn taler etter min oppfatning for det tolkningsresultatet jeg her har kommet til. Dersom konsekvenser av potensiell tvangsretur skulle kunne vektlegges ved vurderingen av om forfølgelsesrisikoen kan gi asylstatus, vil returplikten som lovens

ordning bygger på, kunne bli illusorisk. Dette ville åpne muligheter for søkeren til å posisjonere seg under søknadsbehandlingen. Lovens ordning ville i så fall undergraves.

- (78) Utlendingens legitime behov for beskyttelse mot den fare en eventuell tvangsretur kan skape for forfølgelse, må anses ivaretatt gjennom lovens rettssikkerhetsgarantier. A og partshjelperen har gjort gjeldende at disse garantiene ofte er vanskelige å anvende i en hastig utsendelsessituasjon. Jeg kan imidlertid ikke se at dette gir grunnlag for å sette utlendingslovens system til side.
- (79) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens rettsanvendelse er uriktig fordi det feilaktig er lagt vekt på returnmåte. Anken har dermed ført frem.

Konklusjon og sakskostnader

- (80) Min konklusjon er etter dette at anken fremmes, og at lagmannsrettens dom oppheves.
- (81) Staten har ikke krevd sakskostnader.
- (82) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E O G D O M :

1. Anken fremmes.
2. Lagmannsrettens dom oppheves.

- (83) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (84) Dommer **Steinsvik:** Likeså.
- (85) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (86) Dommer **Møse:** Likeså.
- (87) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E O G D O M :

1. Anken fremmes.
2. Lagmannsrettens dom oppheves.