



U i T

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Risikovurderinger i asylsaker

Risikoterskelen og betydningen av asylsøkers subjektive frykt

Markus Setså Borge

Liten masteroppgave i studieprogram rettsvitenskap høst 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Problemstilling og avgrensing.....	2
1.2	Særlige metodespørsmål	3
1.2.1	Forholdet mellom flyktningkonvensjonen og utlendingsloven.....	4
1.2.2	Uttalelser fra FNs Høykommissær for flyktninger	5
1.2.3	Rettspraksis	6
1.2.4	Juridisk litteratur	7
1.3	Den videre fremstillingen.....	8
2	Risikoterskelen	10
2.1	Flyktningkonvensjonen	10
2.2	Utlendingsloven	19
2.3	Oppsummering og konklusjon	22
3	Betydningen av subjektiv frykt	23
3.1	Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2)	24
3.1.1	Oppsummering av flyktningkonvensjonen art. 1 A (2).....	41
3.2	Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a).....	42
4	Oppsummering	45
	Kildeliste	46
	Lover, forarbeider og internasjonale konvensjoner.....	46
	EU-direktiv.....	46
	Rettspraksis	46
	Juridisk litteratur	47
	FN-resolusjoner og uttalelser fra FNs høykommissær for flyktninger	48

1 Innledning

Det overordnede emnet for oppgaven er risikovurderinger i asylsaker. Risikovurderinger i asylsaker er tilknyttet vilkåret «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen av 1951 artikkel 1 A (2) og lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 28 første ledd bokstav a. Vilkårene for å få flyktningstatus og innvilget asyl kan etter disse to rettsgrunnlagene kort oppsummeres som:

1. Opphold utenfor hjemlandet sitt
2. Velbegrunnet frykt
3. Forfølgelse på grunn av
4. Rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i sosial gruppe eller politisk oppfatning
5. Mangel på beskyttelse i hjemlandet

Disse fem vilkårene er kjernen i flyktningdefinisjonen, og i denne oppgaven er det vilkåret «velbegrunnet frykt» eller «well-founded fear» som skal behandles nærmere. Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a slår fast at:

«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 [...].» (min utheving)

Mens flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) har følgende ordlyd:

«A person who owing to a *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; 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.» (min utheving)

De to bestemmelsene gir i stor grad uttrykk for samme definisjon på flyktning og utlendingsloven skal tolkes på samme måte som flyktningkonvensjonen, jf. utlendingsloven § 3.

Risikovurderinger i asylsaker er et sentralt og viktig emne i asylretten. I de fleste saker om asyl er det sentrale spørsmålet om søkeren har en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse. Det er viktig å klarlegge hvilke nasjonale og internasjonale regler som gjelder for dette spørsmålet, slik at det ikke blir for mye opp til den enkelte stats skjønn om man har rett på beskyttelse etter konvensjonen. Det er også viktig i seg selv å klarlegge om Norge har en intern lovgivning som samsvarer med våre internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen.

I vilkåret «well-founded fear», er det vanlig å behandle både bevisspørsmål og risikovurderinger. Etter vurderingen av bevisene, er det tid for risikovurderingen. Det er nå det skal vurderes om en asylsøker har en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse, basert på det faktum som er lagt til grunn etter bevisvurderingen. Vi skal etter beste evne forsøke å forutse hva som vil skje med asylsøkeren hvis vedkommende blir sendt tilbake til sitt hjemland. Guy Goodwin-Gill og Jane McAdam har treffende kalt denne øvelsen «an essay in hypothesis», og beskriver den videre som «an attempt to prophesy what might happen to the applicant in the future, if returned to his or her country of origin.»¹ Etter en tolking av flyktningkonvensjonen, har Høyesterett i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 139 sagt at denne risikovurderingen er fremtidsrettet.

1.1 Problemstilling og avgrensing

Oppgaven vil ta for seg to hovedproblemstillinger. Den første problemstillingen er hvor høy risikoen må være for forfølgelse for at en asylsøker skal få innvilget flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen art 1 A (2) og utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. En annen måte å stille spørsmålet på, er hvilken risikoterskel som skal legges til grunn for å fastslå om frykten til en asylsøker anses som «velbegrunnet» eller «well-founded».

Den andre problemstillingen er hvilken betydning en søkers subjektive frykt har i vurderingen om vilkåret «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen og «velbegrunnet frykt» i utlendingsloven § 28 første ledd a anses oppfylt. Må søkeren ha uttrykt en subjektiv frykt, og kan den oppveie en lav objektiv risiko for forfølgelse? Eller er det en rent objektiv vurdering av risikoen, slik at søkerens subjektive oppfatninger og frykt er irrelevant for vurderingen?

¹ Guy S. Goodwin-Gill og Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford 2007 s. 54

I tillegg til de valgte problemstillingene for denne oppgaven, er det innenfor oppgavens emne flere interessante problemstillinger som kunne vært aktuelle å gjøre rede for, men som ikke vil bli sett nærmere på i denne oppgaven. En av disse er hvilken betydning tidligere forfølgelse skal ha for den fremtidige risikovurderingen, og om tidligere forfølgelse på selvstendig grunnlag kan gi flyktningstatus etter flyktningkonvensjonen og utlendingsloven.

I vilkåret «well-founded fear» er det også, som nevnt, nærliggende å se på bevisvurderinger i asylsaker. Dette emnet handler blant annet om hvilke bevis som kan føres i en asylsak, og hvordan bevisregler som skal gjelde. Med andre ord skal man i bevisvurderingen fastlegge de faktiske forhold i den enkelte asylsak. Et annet emne som blir nevnt i oppgaven, men som ikke vil bli behandlet nærmere, er forfølgelsesgrunner etter konvensjonen.

Disse beslektede problemstillingene nevnt over har av hensyn til oppgavens omfang blitt avgrenset i mot og vil ikke bli behandlet nærmere.

1.2 Særlige metodespørsmål

Innenfor rettsområdet asylrett er det flere metodiske særtrekk. Som rettsanvender må en ta utgangspunkt i alminnelig folkerettslig metode, men med visse særpreg. Utgangspunktet for metoden og valg av rettskildefaktorer i folkeretten kommer til uttrykk i Den Internasjonale Domstol (ICJ) sine statutter artikkel 38:

«1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.»

Artikkel 38 er antatt å være folkerettslig sedvanerett, og gir uttrykk for de relevante rettskildene i folkeretten.² Dette vil også gjelde i asylretten og legges følgelig til grunn i denne oppgaven. For å løse oppgavens problemstillinger har jeg for det meste tatt utgangspunkt i flyktningkonvensjonen av 1951, men det blir enkelte steder i drøftelsen henvist til den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 1950 (EMK).

Når det gjelder tolking av flyktningkonvensjonen gir Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 til 33 veiledning om hvordan dette skal gjøres. I dommen inntatt i Rt. 2012 s. 494 gjør Høyesterett rede for at:

«[u]tgangspunktet for vurderingen må tas i den ordinære forståelsen av konvensjonens ordlyd, lest i den sammenhengen den inngår og i lys av konvensjonens formål, se Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 nr. 1 som kodifiserer alminnelig folkerett på dette punkt»

Med henvisning til denne dommen over ble det i dommen med referanse HR-2017-569-A, gjentatt av førstvoterende i avsnitt 44 at:

«[k]onvensjonen 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[...].»

Det er med bakgrunn i dette at jeg i arbeidet med oppgaven har lagt stor vekt på flyktningkonvensjonens ordlyd, men også relevante hensyn og formål har vært viktig i arbeidet med oppgaven.

1.2.1 Forholdet mellom flyktningkonvensjonen og utlendingsloven

Oppgaven har som formål å se om norsk rett er i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. Årsaken til dette er at norsk rett som utgangspunkt bygger på det dualistiske prinsipp. Så fremt en internasjonal konvensjon ikke er inkorporert i norsk rett, må en regel med grunnlag i denne konvensjonen vike til fordel for norsk rett. Dette i motsetning til et monistisk prinsipp. Den norske utlendingsloven er sektormonistisk jf. utlendingsloven § 3.

² Morten Ruud og Geir Ulfstein, *Innføring i folkerett*, 5. utgave, Oslo 2018 s. 71

1.2.2 Uttalelser fra FNs Høykommissær for flyktninger

En rettskildefaktor som er relevant i asylretten, er uttalelser fra United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) eller FNs høykommissær for flyktninger.

Høykommissæren ble opprettet i 1951 av FNs generalforsamling.³ Høykommissærens formål fremkommer av statuttene utarbeidet av FNs generalforsamling som er å:

«assume the function of providing international protection [...] to refugees who fall within the scope of the present Statute and of seeing permanent solutions for the problem of refugees by assisting governments and [...] private organizations to facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities.»⁴

Høykommissæren skal altså forsøke å løse flyktningproblemet med å hjelpe stater og eventuelle private organisasjoner med integrering av flyktninger i sine nye land. Det følger av flyktningkonvensjonens fortale at Høykommissæren har blitt gitt oppgaven å:

«supervising international conventions providing for the protection of refugees, and recognizing that the effective co-ordination of measures taken to deal with this problem will depend upon the co-operation of States with the High Commissioner.»

Høykommissæren har med andre ord en viktig kontrollfunksjon, og i forlengelsen av dette kommer de med en rekke uttalelser og anbefalinger om tolkningen av flyktningkonvensjonen. En av disse kildene er UNHCRs *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status*.⁵ Håndboken gir blant annet en sammenfattende veiledning om hvordan vilkårene i flyktningkonvensjonen skal tolkes, og er av flere lands høyesterett tillagt høy rettskildemessig vekt. Norges Høyesterett har f.eks. i dommen inntatt i Rt. 2010 s. 858, avsnitt 44, uttalt at «[h]åndboken generelt sett bør tillegges atskillig vekt.» Høyesterett henviser i denne dommen til utkastet til ny utlendingslov der det det blir sagt at:

«UNHCRs håndbok om prosedyrer og kriterier for avgjørelser av flyktningstatus gir veiledning om fortolkningen. Håndboka er imidlertid ikke rettslig bindende for konvensjonspartene, og det er derfor opp til hver konvensjonspart å fortolke

³ FN-resolusjon nr. 319 av 3. desember 1949

⁴ FN-resolusjon nr. 428 av 14. desember 1950

⁵ UNHCR, *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status*, reissued, Genève 2011

flyktningbegrepet i konvensjonens art 1A. *Når norske myndigheter fortolker flyktningkonvensjonen veier UNHCR sitt syn tungt.»*⁶ (min utheving)

Med henvisning til høyesteretts dom fra 2010, ble dette standpunkt også fremhevet i dommen inntatt i Rt. 2012 s. 139, avsnitt 50. Norske myndigheter, med støtte fra Høyesterett, er derfor av den oppfatning at håndboken bør tillegges høy vekt. Dette er lagt til grunn i arbeidet med denne oppgaven, og der det passer vil det bli henvist til håndboken.

1.2.3 Rettspraksis

En annen viktig kilde innenfor folkeretten, og dermed asylretten, er rettspraksis fra andre land, jf. ICJs statutter artikkel 38 bokstav d. Et særlig metodespørsmål som oppsto under arbeidet med masteroppgaven, er hvordan kildetilfanget skal avgrenses når det kommer til internasjonal rettspraksis eller statspraksis. Flyktningretten er i høyeste grad et internasjonalt rettsområde, og det er derfor et omfattende kildemateriale å hente juridisk argumentasjon ut fra. Utvalget av rettspraksis blir av hensyn til tilgjengelighet og språk avgrenset til rettsavgjørelser fra forskjellige land innenfor common law-tradisjonen og EU-domstolen. Alle disse domstolene skriver på engelsk og, som oppgaven vil vise, har spesielt common law-landene en rikholdig praksis når de kommer til tolkningen av flyktningkonvensjonen. Det er heller ikke uvanlig at disse domstolene henviser til hverandre, og i så måte jobber mot en felles og enhetlig tolkning av flyktningkonvensjonen. Til tross for at disse avgjørelsene i seg selv ikke har en prejudikatsverdi, er det interessant å lese argumentene til domstoler fra forskjellige land, siden det er et mål å tolke konvensjonen likt for alle konvensjonsparter. Norges Høyesterett har i dommen inntatt i Rt. 2015 s. 1388, avsnitt 88, slått fast at på asylrettens område «er det grunn til å leggje stor vekt på statspraksis». Dette er følgelig lagt til grunn i arbeidet med oppgaven. Hvis flere stater som er parter i flyktningkonvensjon har tolket konvensjonen likt, er dette et godt argument for at Norge også bør komme til denne konklusjonen.

Når det kommer til rettspraksis fra Norge har Høyesterett ikke tatt stilling til de aktuelle problemstillingene som oppgaven reiser, og oppgaven har i så måte et internasjonalt fokus når det kommer til bruk av rettspraksis.

1.2.3.1 Særlig om praksis fra EU-domstolen

Det kan være på sin plass med noen bemerkninger om hvorfor EU-domstolens avgjørelser er relevant for oppgavens problemstillinger, siden domstolen ikke anvender

⁶ NOU 2004: 20 s. 102

flyktningkonvensjonen direkte. For medlemslandene av EU, er det direktiv 2011/95/EU⁷ (statusdirektivet) som regulerer retten til asyl. EU-rettens relevans for innholdet i flyktningkonvensjonen følger av statusdirektivets fortale, tredje avsnitt. Formålet med direktivet er å lage en samkjørt flyktningrett innenfor EU-systemet som:

«[...] bygger på en fullstendig og inklusiv anvendelse af Genèvekonventionen om flygtnings retsstilling af 28. juli 1951 (»Genèvekonventionen«)[...].»

Med andre ord er statusdirektivet inspirert av, og bygger på flyktningkonvensjonen. Fortalens avsnitt nummer fire fremhever også at flyktningkonvensjonen er en hjørnestein av det internasjonale regimet for beskyttelse av flyktninger. Statusdirektivet artikkel 2 bokstav d har følgende definisjon på «flyktning»:

«en tredjelandstatsborger, som i kraft af en *velbegrunnet frygt* for forfølgelse på grund af race, religion, nationalitet, politisk anskuelse eller tilhørsforhold til en bestemt social gruppe opholder sig uden for det land, hvor den pågældende er statsborger, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil påberåbe sig dette lands beskyttelse, eller en statsløs person, som opholder sig uden for det land, hvor han tidligere havde sit sædvanlige opholdssted, af samme grunde som anført ovenfor, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil vende tilbage til dette land[...].» (min utheving)

Siden EUs regler i så stor grad er inspirert av, og bygger på flyktningkonvensjonen, i tillegg til at vilkåret «velbegrunnet frykt» eller «well-founded fear» også er å finne i statusdirektivet artikkel 2 bokstav d, er det relevant å se på EUs praksis som et uttrykk for en felleseuropeisk statspraksis om tolkingen av flyktningkonvensjonen. I likhet med annen statspraksis er en felles forståelse et mål i seg selv, og en felles praksis med nesten hele Europa kan oppnås ved å se på praksis fra EU-domstolen.

1.2.4 Juridisk litteratur

Som man kan lese i statuttene til ICJ artikkel 38 bokstav d, er juridisk litteratur en relevant rettskilde i folkeretten, og har følgelig blitt viet stor plass i oppgaven. I denne oppgaven har juridisk litteratur blitt tillagt rettskildemessig relevans og vekt i samsvar med i hvor stor grad

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/95/EU af 13. december 2011

argumentasjonen er i tråd med konvensjonens ordlyd, og ivaretar hensynene bak asylretten generelt og flyktningkonvensjonen spesielt.

Med unntak av Terje Einarsen og Øyvind Dybvik Øyen, er det i stor grad henvist til juridisk litteratur på engelsk. Dette fordi det ikke er skrevet så mye på norsk om emnet, og det som finnes er stort sett skrevet av Terje Einarsen i hans doktorgradsavhandling og i Øyvind Dybvik Øyens lærebok i utlendingsrett.

For å komme frem til den materielt riktige og mest formålstjenlige tolkningen av flyktningkonvensjonen, har jeg i oppgaven hatt et bredt kildetilfang der både flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, internasjonal rettspraksis og juridisk litteratur har vært relevante rettskildefaktorer. Som oppsummering av den metodiske fremgangsmåten i oppgaven henviser jeg, i likhet med Øyvind Dybvik Øyen⁸, til britisk høyesterett som i dommen *Horvath* sa at:

«It follows that one is more likely to arrive at the true construction of article 1A(2) [i flyktningkonvensjonen] by seeking a meaning which makes sense in the light of the Convention as a whole, and the purposes which the framers of the Convention were seeking to achieve, rather than by concentrating exclusively on the language. *A broad approach is what is needed, rather than a narrow linguistic approach*».⁹ (min utheving)

1.3 Den videre fremstillingen

Formålet med den videre fremstillingen er å gi en dyptgående analyse av de problemstillinger som oppgaven reiser. På veien til konklusjonen vil det også bli redegjort for de forskjellige synene på problemstillingene som finnes i rettspraksis og juridisk litteratur.

I kapittel 2 vil jeg først drøfte og svare på problemstillingen om hvor risikoterskelen ligger etter flyktningkonvensjonen og utlendingsloven. Deretter er spørsmålet om utlendingsloven er i samsvar med flyktningkonvensjonen.

I kapittel 3 vil jeg se på problemstillingen om subjektive forholds betydning for om vilkåret «well-founded fear» er oppfylt, først etter flyktningkonvensjonen og deretter etter utlendingsloven. Til slutt i dette kapitlet vil jeg se om rettsregelen etter utlendingsloven er i samsvar med flyktningkonvensjonen.

⁸ Øyen s. 40

⁹ *Horvath v. Secretary of State For The Home Department* [2000] UKHL 37

Avslutningsvis, i kapittel 4, kommer en oppsummering av oppgavens funn og konklusjoner.

2 Risikoterskelen

Som nevnt innledningsvis, er et viktig spørsmål i asylsaker hvor høy risikoen må være for forfølgelse for at en asylsøker skal få status som flyktning etter flyktningkonvensjonen art. 1 A (2) og utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. En annen måte å stille spørsmålet på er hvor høy risikoterskelen skal være for å finne ut om frykten til en asylsøker skal anses som «well-founded». Problemstillingen kan beskrives ved hjelp av prosent eller begrepsmessig. En kan her tenke seg flere risikoterskler, f.eks. 100 %, 80-90 %, 50 % eller 10 %. Hvilke av disse skal gjelde? Må det være 50 % sjans for at man blir forfulgt for å få asyl, eller holder det med 10 %?

2.1 Flyktningkonvensjonen

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «well-founded» gir assosiasjoner til at en asylsøkers frykt ikke kan være marginal eller av ren teoretisk art. Det må foreligge en konkret fare. På den andre siden tilsier ordlyden «fear» at terskelen ikke kan stilles for høyt, da man åpenbart kan frykte noe som statistisk sett ikke skjer så ofte. En følelse av frykt kan åpenbart ha gode grunner for seg, selv om det er mer sannsynlig at hendelsen ikke vil inntreffe enn at den gjør det. Dette betyr ikke at følelsen av frykt er irrasjonell. Frykten må med andre ord være berettiget og ha gode grunner for seg.

En må også se ordlyden «well-founded fear» i konteksten av «for being persecuted». «Persecution» eller forfølgelse kan potensielt være veldig alvorlig. Hvilke former for forfølgelse en står i fare for å bli utsatt for, burde derfor spille inn i vurderingen om hvor terskelen skal ligge. Ved fare for alvorlig forfølgelse, f.eks. tortur eller drap, burde man akseptere en lavere risikoterskel. Er forfølgelsen noe mildere kan høyere risiko aksepteres. Forfølgelsesgrunner er utenfor oppgavens problemstilling, og vil ikke bli behandlet nærmere. Det er likevel en del av en språklig kontekst som er relevant for fastsettelsen av risikoterskelen.

Siden både den engelske og den franske teksten er autorativ, jf. flyktningkonvensjonen art. 46 tredje ledd, er det også relevant å se på innholdet i ordlyden til den franske utgaven. Ordlyden er «craignant avec raison». Det franske verbet «craindre» kan bety både den subjektive følelsen av frykt, og det å i fremtiden være redd for noe. «Avec raison» kan i denne juridiske konteksten på norsk oversettes til «med grunn». Den franske ordlyden innebærer derfor, i likhet med den engelske, at risikoen for forfølgelse må være berettiget og ha gode grunner for seg. Den gir derfor ikke noen nærmere veiledning for hvordan konvensjonen er å forstå.

Ordlyden på fransk og engelsk kan oppsummeres slik: frykten må være berettiget, og en marginal og teoretisk risiko for forfølgelse er derfor ikke tilstrekkelig. Denne frykten vil da ikke være berettiget. Hvilke former for forfølgelse en står overfor er også være relevant for risikoterskelen. Ordlyden gir ikke noen nærmere veiledning for hvor terskelen skal ligge.

Hvis en skal beskrive flyktningkonvensjonens formål og hensyn, er det ikke kontroversielt å si at en av konvensjonens grunnleggende formål er å gi beskyttelse til personer som trenger det. Dette i seg selv tilsier at man ikke kan ha en for høy risikoterskel, da det vil vanskeliggjøre gjennomføringen av, og stride i mot konvensjonens formål. Her kan en parallell til strafferetten og «in dubio pro reo», at tvil skal komme tiltalte til gode, være passende. Det er bedre at ti skyldige går fri enn at én uskyldig får straff. På flyktningrettens område kan det argumenteres for at det er bedre at ti personer uten beskyttelsesbehov får asyl, enn at én person med behov for beskyttelse blir avvist og returnert til forfølgelse. Det vil derfor være i tråd med konvensjonens formål at man legger risikoterskelen mye lavere enn 50 %.

Som nevnt i innledningen, har uttalelser fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) generelt sett høy rettskildemessig vekt ved tolkingen av flyktningkonvensjonen. I håndboken fra UNHCR argumenteres det for at en asylsøker til en viss grad, innenfor rimelighetens grenser, må gjøre det klart at opphold i hjemlandet vil være uholdbart som følge av konvensjonsgrunner. UNHCR slår fast at:

«In general, the applicant's fear should be considered well-founded if he can establish, to a reasonable degree, that his continued stay in his country of origin has become intolerable to him for the reasons stated in the definition, or would for the same reasons be intolerable if he returned there.»¹⁰ (min utheving)

En kan også lese at «an applicant for refugee status must normally show *good reason* why he individually fears persecution».¹¹ (min utheving). Det må altså foreligge gode grunner for forfølgelse.

Når det kommer til rettspraksis, så var tidligere statspraksis om risikoterskelen ganske streng. Det var vanlig å tolke konvensjonen slik at den stilte krav til sannsynlighetsovervekt for forfølgelse, altså mer enn 50 % sjanse. Det måtte med andre ord være større sjanse for at man

¹⁰ Håndboken pkt. 42

¹¹ Håndboken pkt. 45

ville bli forfulgt enn at man ikke ble det. Rundt 1980-tallet begynte enkelte domstoler å myke opp kravet.¹²

Den første dommen som fravek kravet til sannsynlighetsovervekt kom fra amerikansk høyesterett i saken *Cardoza-Fonseca*¹³ avsagt i 1987. Med referanse til konvensjonens ordlyd uttalte høyesterett på side 431 i dommen at «[o]ne can certainly have a well founded[sic] fear of an event happening when there is less than a 50% chance of the occurrence taking place.»

På side 440 i dommen skriver høyesterett med henvisning til tidligere praksis at

«[t]here is simply no room in the United Nations' definition for concluding that, because an applicant only has a 10% chance of being shot, tortured, or otherwise persecuted, he or she has no "well founded fear"[sic] of the event's happening. As we pointed out in [tidligere praksis], a moderate interpretation of the "well founded fear"[sic] standard would indicate

"that, so long as an objective situation is established by the evidence, it need not be shown that the situation will probably result in persecution, but it is enough that persecution is a *reasonable possibility*."».

Det viktige å legge merke til her fra amerikansk høyesterett, er stikkordene «reasonable possibility» som på norsk kan oversettes til «rimelig grunn». Høyesterett fraviker her regelen om sannsynlighetsovervekt, og påpeker at risikoen kan være i alle fall så lav som 10 %.

Den neste dommen som har fraveket kravet til sannsynlighetsovervekt, er fra britisk høyesterett, i dommen *Sivakumaran*¹⁴ fra 1988. Britisk høyesterett viser i denne dommen til *Cardoza-Fonseca* og andre avgjørelser fra USA, og uttaler at «well-founded fear» innebærer «a reasonable degree of likelihood» eller «a real and substantial risk».

I Australia har den australske høyesterett utviklet den såkalte «real chance»-testen. Den så sitt lys i *Chan*¹⁵ fra 1989, og skal forstås på samme måte som «a reasonable possibility», «reasonable degree of likelihood, «a real and substantial risk» og andre lignende uttrykksmåter som har blitt brukt i andre jurisdiksjoner enn Australia. For at det skal være «a real chance» for forfølgelse, må det foreligge en substansiell sjanse for forfølgelse, altså ikke

¹² Øyen s. 194

¹³ US Supreme Court, *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987)

¹⁴ *R v. Secretary of State for the Home Department; Ex parte Sivakumaran*, [1987] 3 WLR 1047

¹⁵ *Chan v MIEA* (1989) 169 CLR 379

en fjern eller søkt sjanse. Det betyr at risikoen kan være langt under 50 %. En av dommerne i høyesterett uttalte i *Chan* at «real chance»:

«... clearly conveys the notion of a *substantial*, as *distinct from a remote chance*, of persecution occurring. ... If an applicant establishes that there is a real chance of persecution, then his fear, assuming that he has such a fear, is well-founded, *notwithstanding that there is less than a fifty per cent chance of persecution occurring*. This interpretation fulfils the objects of the Convention in securing recognition of refugee status for those persons who have a legitimate or justified fear of persecution on political grounds if they are returned to their country of origin». ¹⁶ (min utheving)

I avsnittet over fremheves også at denne tolkningen er i tråd med konvensjonens formål, som også er nevnt tidligere i oppgaven. I Chan-dommen ble det også klart at spørsmålet ikke er om det er «unlikely» eller usannsynlig på norsk. Dette fordi en kan ha en velbegrunnet frykt for noe som er usannsynlig. Dommen *MIEA v Guo*¹⁷ legger også til grunn at ren spekulasjon ikke kan etablere en velbegrunnet frykt.

Canadisk høyesterett har også uttalt seg om problemstillingen. Den første saken som fravek prinsippet om sannsynlighetsovervekt var *Adjei*¹⁸ fra 1989, og Canada stiller derfor heller ikke krav til sannsynlighetsovervekt. Den såkalte «Adjei-testen» stiller spørsmålet om: «[...] there is a reasonable chance, or are substantial grounds for thinking that the persecution may take place». Spørsmålet er med andre ord om det er en rimelig sjanse eller om det foreligger vesentlige grunner for at forfølgelse kommer til å skje.

I *Ponniah*¹⁹ ble «Adjei-testen» presisert nærmere:

«"Good grounds" or "reasonable chance" is defined in Adjei as occupying the field between upper and lower limits; it is less than a 50 per cent chance (i.e., a probability), but more than a minimal or mere possibility. There is no intermediate ground: what falls between the two limits is "good grounds".»

I Canadisk høyesteretts dom *Sivartaththinam* fra 2014²⁰ anførte saksøker at en asylsøker kun må bevise at det foreligger mer enn en minimal mulighet («minimal possibility») for

¹⁶ Chan s. 389

¹⁷ Minister for Immigration and Ethnic affairs (MIEA) v Guo (1997) 191 CLR 559

¹⁸ Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 680 (C.A)

¹⁹ Ponniah v. MEL, (1991) 132 N.R. 32 (FCA)

²⁰ Sivartaththinam v. CAN. (M.C.I.), [2014] F.T.R. UNED. 134 (FC)

forfølgelse ved retur til hjemlandet. Etter en svært grundig språklig analyse av Adjei, konkluderte førstvoterende i avsnitt 48 med at:

«[t]he proper expression of the standard to determine a well-founded fear is a "reasonable chance", "reasonable possibility", "serious possibility", or "good grounds".»

Førstvoterende ga til slutt, i avsnitt 49, uttrykk for sin egen foretrukne løsning:

«Returning to the issue of appropriate qualifiers of possibilities, chances, etc, I am of the view that any test not containing the term "reasonable" as a limitation should be shunned. This would leave the appropriate standard to be either a "reasonable chance" or a "reasonable possibility", as there is no distinction between a chance or a possibility».

For å oppsummere praksisen fra Canada: I Adjei har Canadas høyesterett tolket ordlyden «well-founded fear» dithen at det må foreligge «good grounds» eller «reasonable chance» for forfølgelse. I Sivartaththinam ble anførselen om «minimal possibility» avfeid som ikke gjeldende rett. Førstvoterende var også av den oppfatning at «reasonable» eller «rimelig» burde være med i tolkningsresultatet. «Reasonable chance» eller «reasonable possibility» befinner seg i området mellom mindre enn 50 prosent, eller en mulighet, men samtidig mer enn en minimal sjanse. Alt som befinner seg mellom disse to ytterpunktene vil etter canadisk praksis være «good grounds» eller «reasonable possibility», og vil følgelig innebære en «well-founded fear».

Som nevnt i innledningen er det også relevant å se på EU-domstolens praksis om statusdirektivet. Sammenligner man ordlyden i direktivet med flyktningkonvensjonen er innholdet tilnærmet identisk, og en nærmere analyse av ordlyden er unødvendig. Jeg henviser tilbake til tidligere redegjørelse av ordlyden til flyktningkonvensjonen. Innenfor europeisk statspraksis har spørsmålet vært tatt opp av EU-domstolen i saken *Y og Z mot Tyskland*²¹ fra 2010. EU-domstolen gjorde det klart at:

«[d]et skal i denne forbindelse fastslås, at inden for direktivets system skal de kompetente myndigheder ved vurderingen [...] af, om en ansøger har velbegrunnet frygt for forfølgelse, undersøge, om de omstændigheder, som kan lægges til grund,

²¹ Forente saker C-71/11 og C-99/11

udgør en sådan trussel, at den pågældende, henset til dennes individuelle situation, har *grund til at frygte reelt* at blive udsat for forfølgelse.»²² (min utheving)

I den engelske utgaven av dommen brukes ordene «reasonably fear, in the light of his individual situation, that he will in fact be subject to acts of persecution», i stedet for «grund til at frygte reelt at blive udsat for forfølgelse». «Reasonable fear» eller «grund til at frygte reelt» kan på norsk skrives som henholdsvis «rimelig frykt» eller «reell grunn til frykt». Den rettsregel som EU-domstolen gir uttrykk for her må kunne anses å være i tråd med de andre tolkningene som man finner både utenfor og innenfor EU-systemet. Blant annet fra den tidligere henviste dommen fra Storbritannia, *Sivakumaran*, som brukte ordene «a reasonable degree of likelihood» og «a real and substantial risk». EU-domstolen sier ikke noe konkret om hvor terskelen skal ligge.

Internasjonal statspraksis har presisert hva som ligger i ordlyden velbegrunnet frykt når det kommer til problemstillingen om risikoterskel. Praksis fra USA viser at det er tilstrekkelig med en «reasonable possibility» eller en «rimelig grunn» for forfølgelse, og at risikoen kan være så lav som 10 %. Storbritannia har lagt seg på linjen «a reasonable degree of likelihood» eller «a real and substantial risk». Australias høyesterett fremhever den såkalte «real chance»-testen. Canadisk rettspraksis kan oppsummeres som at det må foreligge rimelig sjanse eller rimelig mulighet for forfølgelse. Når det gjelder EU, er den valgte tolkningen på engelsk «reasonable fear» eller på dansk «grund til at frygte reelt».

Alle de forskjellige begrepene som har blitt utarbeidet i praksis i forbindelse med tolkingen av ordlyden «well-founded fear», er forskjellige måter å si at det må være en rimelig grunn for forfølgelse, og at denne risikoen ikke kan være marginal eller av ren teoretisk art. Dommen *Adjei* fra Canada kan være en passende oppsummering av rettstilstanden. Den såkalte «real chance»-testen er formulert slik at en asylsøker som har en risiko for forfølgelse som er mindre enn 50 % («a probability»), men mer enn en «minimal or mere possibility» vil oppfylle vilkåret om «well-founded fear». Dette er en passende oppsummering for hva som kan leses ut av de forskjellige domstolers praksis. Poenget er å fange opp de asylsøkere som har en rimelig sjanse for forfølgelse og samtidig luke ut de som ikke har et reelt beskyttelsesbehov. Denne forståelsen må også kunne sies å være i samsvar med lovens ordlyd og formål.

²² Y og Z avsnitt 76

I juridisk litteratur har oppfatningen stort sett vært den samme som i statspraksis. Atle Grahl-Madsen gir først et beskrivende eksempel på hvorfor det er uheldig å praktisere en regel om sannsynlighetsovervekt:

«Let us for example presume that it is known that, in the applicant's country of origin, every tenth adult male person is either put to death or sent to some remote 'labour camp', or that people are arrested and detained for an indefinite period on the slightest suspicion of political non-conformity. In such a case, it would be only too apparent that anyone who has managed to escape from the country in question will have 'well-founded fear of being persecuted' upon his eventual return. It cannot – and should not – be required that an applicant shall prove that the police have already knocked on his door.»²³

Grahl-Madsen hevder derfor at «[i]f there is a real chance that he will suffer persecution, that is reason good enough, and his 'fear' is 'well-founded'». ²⁴ I likhet med Australsk høyesterett fremhever han derfor «real chance». I eksemplet som Grahl-Madsen legger frem er det ca. 10 % risiko for en form for forfølgelse etter konvensjonen. Til tross for den tilsynelatende lave risikoen vil det, som Grahl-Madsen selv sier, klart foreligge en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Her kan det også være på sin plass med en påminnelse om at hvis terskelen skal ligge høyere enn dette, vil en bevege seg over i en konvensjonstolkning som strider mot hensynene til konvensjonen. Konvensjonen har blant annet som formål å gi beskyttelse til personer som har et beskyttelsesverdig behov. En slik tolkning vil være uheldig.

Hathaway og Foster gir også sin støtte til «real chance»-standarden, men fremhever at alternativene som er utarbeidet i rettspraksis, «reasonable possibility», «real and substantial danger» og «serious possibility», i stor grad innebærer det samme som «real chance». For enkelthetens skyld og uten å kritisere alternativene, foretrekker de «real chance». De skriver at denne terskelen ser bort fra at det må være større sjans for forfølgelse enn for at det ikke er det, altså sannsynlighetsovervekt. Et annet viktig moment som nevnes med henvisning til rettspraksis er at denne terskelen viser usikkerheten i flyktningssituasjonen, men også de potensielt alvorlige konsekvensene hvis man tar feil. Til slutt, med henvisning til en stor mengde internasjonal statspraksis, oppsummerer de hvor terskelen ligger etter deres mening:

²³ Atle Grahl-Madsen, *The status of refugees in international law*, Leiden 1966 s. 180

²⁴ Grahl-Madsen s. 181

«[C]ases applying the leading formulation of «well-founded fear» have insisted that the heart of this test is the need to show a «real» or «substantial» basis for the risk alleged, one that is not «fanciful» or «remote». The decision-maker need not be convinced that there is a clear risk; a fear is «well-founded» even if the chances of the posited harm transpiring are «slight, though discernible». But there is no well-founded fear where the evidence amounts to «sheer speculation», where the prospect of being persecuted is no more than «plausible», where there is only a «bare possibility» of harm, or if the risk is «so slight that it could be discounted.»²⁵ (sitatet er uten deres fotnoter)

En annen forfatter som har en skrevet om problemstillingen er Terje Einarsen. Han er av den oppfatning at «rent teoretiske handlingsforløp» ikke gir rett til flyktningstatus. Det må foreligge en «konkret påregnelig fare» som tilsier at en har en høyere risiko for forfølgelse for å rettferdiggjøre flyktningstatus. Denne fortolkningen må sies å ligge godt innenfor en naturlig språklig forståelse av ordlyden, og samsvarer med det som tidligere er skrevet om ordlyden i oppgaven. Han skriver også at det aldri var konvensjonens formål å gi «helt tilfeldige ofre for vold og konflikter» beskyttelse.²⁶ Her er Einarsen inne på et sentralt formål i konvensjonen, det allerede nevnte beskyttelsesformålet. Hele asylinstituttet vil kunne uthules og miste sin legitimitet hvis en hver person utsatt for vold i sitt hjemland ville fått flyktningstatus.

Einarsen stiller også spørsmålet om hvor lav risiko som kan aksepteres. Han mener at det ikke er grunnlag for å kreve sannsynlighetsovervekt, til tross for at det i administrativ statspraksis og i deler av underrettspraksis kan se ut som at det er regelen som har vært anvendt. Han viser til konvensjonstekstens ordlyd og at det «er ganske opplagt at man vil kunne ha frykt – og velbegrunnet frykt – for en fare som det er mindre enn 50 % sannsynlighet for vil materialisere seg». Han skriver også at «beskyttelsesformålet trekker naturligvis i samme retning» og at «det er ikke like uheldig å beskytte én person for mye som én for lite.»²⁷

Det Einarsen påpeker i det forrige avsnittet har til en viss grad vært nevnt tidligere i oppgaven. Det er nemlig i tråd med konvensjonens formål og prinsipper at vi har en lavere risikoterskel og, som nevnt, kan en kan dra paralleller til uskyldspresumsjonen (in dubio pro reo) innenfor strafferetten. Uskyldspresumsjonen er utenfor oppgavens problemstilling, og vil

²⁵ James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, 2nd edition, Cambridge 2014 s. 113-115

²⁶ Terje Einarsen, *Retten til vern som flykting*, Bergen 2000 s. 425

²⁷ Einarsen s. 426

ikke bli behandlet nærmere. Poenget med å dra inn hensyn fra strafferetten og uskyldspresumsjonen er uansett et relevant og godt reelt hensyn fra Einarsen. Til slutt skriver Einarsen en oppsummering av hans syn:

«Både konvensjonens ordlyd og de formålsbetraktninger som knytter seg til *in dubio pro reo*-synspunktet tilsier en klart lavere risikoterskel enn sannsynlighetsovervekt. En kan ikke gå så langt som å anse kravet oppfylt for alle som en *ikke kan utelukke* vil kunne bli utsatt for overgrep i hjemlandet(...), men kravet må anses som oppfylt for den som lever under en reell og aktuell fare for slike overgrep. I dette resonnementet må det imidlertid tas høyde for at risikoterskelen vil kunne variere i takt med annen variabel, nemlig de aktuelle krenkelsenes alvorlighet.»²⁸

Goodwin-Gill og McAdam skriver også om denne problemstillingen, dog uten å vie problemstillingen spesielt stor oppmerksomhet. Etter deres oppfatning må vedkommende asylsøker stå overfor «a serious possibility», eller en alvorlig mulighet, for forfølgelse. De skriver at:

«[f]or the heart of the question is ... whether there are sufficient facts to permit the finding that this applicant, in his or her particular circumstances, faces a serious possibility of persecution.»²⁹

I den juridiske analysen *Qualification for International Protection (QIP)* angående statusdirektivet i EU, blir spørsmålet om risikoterskel drøftet. Analysen er utarbeidet av International Association of Refugee Law Judges European Chapter (IARLJ-Europe) på oppdrag fra EU-byrået European Asylum Support Office (EASO). Analysen er i stor grad en redegjørelse av praksis fra EU og medlemslandene. IARLJ skriver først at:

«the ‘reasonable fear’-test is in line with the tests for assessing well-founded fear developed by the national courts and tribunals of Member States.»³⁰

De går deretter gjennom en del praksis fra medlemslandene, blant annet fra Storbritannia, Italia og Tyskland. Deres tolkning av rettspraksis fra medlemslandene er at:

«[m]ost importantly, all of these tests hold that the fear is well-founded, notwithstanding that there is less than a 50 percent chance of persecution occurring.

²⁸ Einarsen s. 427

²⁹ Guy S. Goodwin-Gill og Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, 3rd edition, Oxford 2007, s. 64

³⁰ *Qualification for International Protection (DIRECTIVE 2011/95/EU)*, A Judicial Analysis s. 82

(...) The ‘reasonable fear’ test thus means that while the mere chance or remote possibility of being persecuted is insufficient risk to establish a well-founded fear, the applicant does not need to show that there is a more than 50 percent probability that he/she will be persecuted»³¹

Før konklusjonen på problemstillingen om risikoterskelen etter norsk rett er i samsvar med flyktningkonvensjonen, og drøftelsen etter utlendingsloven, er det først på sin plass med en delkonklusjon om hva som er risikoterskelen etter flyktningkonvensjon. Basert på rettskildene, spesielt håndboken til UNHCR, rettspraksis og juridisk litteratur, kan risikoterskelen best beskrives som enten «a real chance», «reasonable possibility», «real and substantial danger», «serious possibility» eller «good reasons». I likhet med Hathaway er jeg av den oppfatning at disse alternativene i stor grad gir uttrykk for den samme risikoterskelen. Einarsen skriver i sin doktoravhandling at det må være en «reell og aktuell fare» for forfølgelse. I alle disse begrepene ligger at en svært liten risiko for forfølgelse ikke gir rett til flyktningstatus, og at «well-founded fear» befinner seg i området mellom minimal og teoretisk risiko og sannsynlighetsovervekt. I tillegg til dette vil så klart de tilfeller med sannsynlighetsovervekt for forfølgelse oppfylle vilkåret. Vi må også ta hensyn til hvilken type overgrep eller forfølgelse det er snakk om. Ved svært alvorlige overgrep er det naturlig å ha en lavere risikoterskel.

I de neste avsnittene skal jeg gå inn på hva som er risikoterskelen etter norsk rett og utlendingsloven, for så til slutt se om norsk rett er i samsvar med våre internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen.

2.2 Utlendingsloven

Flyktningdefinisjonen i norsk rett er å finne i lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 28 a. Ordlyden i utlendingsloven § 28 a er «velbegrunnet frykt». Det handler også her om at frykten må være berettiget, og en marginal og teoretisk risiko for forfølgelse er derfor ikke tilstrekkelig. Ordlyden skal forstås på samme måte som flyktningkonvensjonens «well-founded fear» jf. utlendingsloven § 3, og det vises tilbake til ordlydsfortolkningen som ble gjort på s. 10 og 11.

I forarbeidene til utlendingsloven skriver lovutvalget at:

³¹ Qualification for International Protection s. 83

«[s]amtidig som det er klart at det ikke er tilstrekkelig å påvise en fjern mulighet for at overgrep kan inntreffe, må ikke kravet til risiko fastsettes strengere enn at søkere med en *reell grunn* til å frykte forfølgelse sikres rett til beskyttelse. *Noe krav om sannsynlighetsovervekt – i betydningen mer enn 50 % risiko for at forfølgelse vil finne sted – kan derfor ikke komme på tale i denne sammenheng.* Det er verken hensiktsmessig eller mulig å angi noe nærmere om hvilken grad av risiko som kreves for flyktningbeskyttelse.»³² (min utheving)

Lovutvalget skriver her at det må være en reell grunn til at man frykter forfølgelse. Dette tilfører ikke ordlyden mye, siden «velbegrunnet» og «reell grunn» i stor grad tilsvarer det samme. Det kan uansett bety at det må foreligge en faktisk grunn for at en blir forfulgt, og styrker dermed forståelsen av ordlyden som tilsier at teoretiske og svært usannsynlige risikoer ikke vil oppfylle vilkåret. Akkurat dette påpekes forøvrig også av utvalget selv. Her ser det ut som at utvalget argumenterer for formålsbetraktninger i utlendingsloven og flyktningretten, nemlig det tidligere nevnte beskyttelsesformålet. Risikoterskelen kan ikke settes så høyt at personer med behov for beskyttelse ikke får det. Utvalget tar i den forbindelse også klart avstand fra regelen om sannsynlighetsovervekt. Det blir også påpekt en manglende hensiktsmessighet, og at det er praktiske problemer med å angi en bestemt risikoterskel.

Lovutvalget konkluderer på samme side med at:

«[r]isikoterskelen må fastsettes etter en konkret vurdering av den enkelte sak, hvor det blant annet vil være naturlig å legge vekt på alvoret ved den type overgrep risikoen relaterer seg til.»

Til slutt gir utkastet et eksempel om at:

«[d]ersom det er mulig å fastslå en 10 % risiko for at søkeren vil bli drept eller lemlestet ved retur, vil risikoen *åpenbart* være tilstrekkelig høy til at søkeren har krav på flyktningbeskyttelse» (min utheving)

Ordet «åpenbart» er her interessant. Dette gir uttrykk for at så fremt en kan fastslå en risiko på 10 %, er det langt innenfor det som er nødvendig for å oppfylle vilkåret om «velbegrunnet frykt». En kan også bemerke seg at utkastet nevner drap eller lemlestelse som eksempel. Dette støtter opp om det som ble sagt i ordlydsfortolkningen tidligere i oppgaven. Hvilken type

³² NOU 2004:20 s. 118 og 119

forfølgelse en asylsøker står overfor er et relevant moment i spørsmålet om hvor risikoterskelen skal ligge i den enkelte sak.

Departementet sa seg videre enig i lovutvalgets utkast og skriver at:

«[n]år det gjelder hva som ligger i vilkåret om en «velgrunnet frykt for forfølgelse», må det opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt. *Det avgjørende er, som utvalget bemerker, om risikoen er reell.*»³³ (min utheving)

Ut av både lovutkastet og odelstingsproposisjonen, kan en lese at det avgjørende er om en asylsøker har en «reell grunn» for å frykte forfølgelse. Det er også tatt klar avstand til regelen om sannsynlighetsovervekt, da denne ikke er i samsvar med ordlyden «velbegrunnet frykt». En frykt kan åpenbart ha gode grunner for seg, selv om det er mer sannsynlig at hendelsen ikke vil inntreffe enn at den gjør det. Avgjørelsen tas etter en konkret vurdering i den enkelte sak, der inngrepets alvorlighet er et aktuelt moment i vurderingen. Selv om det ofte vil være vanskelig å komme med en så konkret risikosats i den enkelte sak, kan en så lav risiko som 10 % være tilstrekkelig.

I den forbindelse kan en stille spørsmålet om det lar seg gjøre å fastsette en så konkret risikoterskel som f.eks. 10 %. Lovutvalget er også inne på dette, og bruken av prosent i juss har sine åpenbare utfordringer. Som nevnt i innledningen kan risikoterskelen beskrives ved hjelp av prosent eller begreper, og dette er ikke uvanlig i juridisk litteratur.³⁴ Blant annet så kan det gi rettsanvenderen et inntrykk av at problemstillingene og konklusjonene er sorte eller hvite, når de fleste problemstillinger i realiteten har nyanser av grå. Dette kan få stor betydning på et felt som omhandler noe så grunnleggende som beskyttelse fra forfølgelse. Som pedagogisk hjelpemiddel er det dog nyttig, og det er derfor denne fremgangsmåten har blitt benyttet i oppgaven.³⁵ Spørsmålet videre er om det lar seg gjøre å fastsette en konkret risikoterskel i prosent. Dette spørsmålet beror både på om det er rettskildemessig grunnlag for en slik konkret fastsettelse av risiko, og om det er hensiktsmessig og praktisk.

Av de henviste rettskildefaktorene i oppgaven, både om utlendingsloven og flyktningkonvensjonen, har det i internasjonal rettspraksis og lovutkastet til utlendingsloven blitt nevnt prosent i redegjørelsen av rettsregelen. Poenget til alle disse var dog kun å

³³ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 86

³⁴ Se f.eks. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Oslo 2017 s. 911 flg. og Øyen s. 193 flg

³⁵ Se f.eks. Øyen s. 198

illustrere at risikoterskelen kan være så lav som 10 %, og fravike den tidligere praksis om sannsynlighetsovervekt. Dette er også hvordan faglitteraturen tolker f.eks. dommen *Cardoza-Fonseca* fra USA.³⁶ Når det kommer til det første spørsmålet om det er rettskildemessig grunnlag, kan man vanskelig argumentere for at det er tilfellet.

Så til spørsmålet om det er hensiktsmessig og praktisk. I det forrige avsnittet beskrev jeg et av problemene med bruk av prosent i juss. Det andre problemet med bruk av prosent er at det i en typisk asylsak vil være tilnærmet umulig å fastsette en konkret risiko for forfølgelse i det enkelte tilfelle. Hvilke retningslinjer finnes i rettskildene for å fastsette risikoen på f.eks. 21 % eller 7 % risiko for forfølgelse? Skal en slik rettsregel uten rettskildemessig grunnlag føre til avslag av en asylsøknad? Dette vil ikke bare være i strid med dagens rettskildebilde. Det vil også fremstå som åpenbart urimelig.

2.3 Oppsummering og konklusjon

Etter utlendingsloven og de klare uttalelsene i forarbeidene vil risikoterskelen best formuleres som at det må være en «reell» grunn for forfølgelse. Her vil «real chance»-testen, utviklet i statspraksis om flyktningkonvensjonen, være en klar parallell. Uttalelsene i forarbeidene om at det ikke er tilstrekkelig med en fjern mulighet for overgrep samsvarer også i stor grad med regelen i konvensjonen utarbeidet i juridisk litteratur og rettspraksis. Norsk rett har også tatt klar avstand til regelen om sannsynlighetsovervekt. I likhet med konvensjonen er det i forarbeidene til utlendingsloven også nevnt at inngrepets alvorlighetsgrad kan bidra til at en lav risiko for forfølgelse fortsatt kan medføre beskyttelse.

Når det kommer til spørsmålet om risikoterskel må norsk rett anses å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen.

³⁶ Øyen, Hathaway og Goodwin Gill tolker dommen slik

3 Betydningen av subjektiv frykt

Problemstillingen som skal drøftes i dette kapitlet er hvilken betydning en søkers frykt har for vurderingen om vilkåret «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen og «velbegrunnet frykt» i utlendingsloven § 28 første ledd a anses oppfylt. Må søkeren ha uttrykt en subjektiv frykt, og kan den oppveie en lav objektiv risiko for forfølgelse? Eller er det en rent objektiv vurdering av risikoen, slik at søkerens subjektive oppfatninger og frykt er irrelevant for vurderingen?

Den rådende oppfatningen i flyktningretten er at begrepet «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2) inneholder to elementer. Det ene er det subjektive elementet «fear» og det andre det objektive elementet «well-founded». Den subjektive frykten må altså underbygges av objektive fakta om forholdene i hjemlandet.³⁷

Oppfatningen om at vilkåret består av to elementer har blant annet støtte fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR). Oppfatningen deres er at både subjektive og objektive elementer må tas med i vurderingen for om vilkåret skal være oppfylt.³⁸ Et utvalg internasjonal rettspraksis fra land i common law-tradisjonen viser også at dette todelte synet fra UNHCR har fått gjennomslag i praksis, og har følgelig stor autoritet i folkeretten. Til tross for dette er det i internasjonal juridisk litteratur på flyktningrettens område delte oppfatninger om hvor hensiktsmessig det er å legge vekt på de subjektive følelsene til hver enkelt asylsøker når man skal vurdere hvorvidt frykten er «well-founded». Meningene varierer fra de som mener at den todelte vurderingen som UNHCR tar til orde for burde være rent objektiv, til de som mener søkerens subjektive opplevelser må tas hensyn til, og skal vektlegges så fremt det er til asylsøkerens gunst. Det finnes også kilder som taler for at vurderingen skal ha hovedfokus på søkerens subjektive følelser, eller den mer ekstreme meningen at vurderingen er rent subjektiv.

Først vil jeg se på løsningen etter flyktningkonvensjonen og deretter etter utlendingsloven. Som nevnt i innledningen er denne fremgangsmåten valgt av hensyn til utlendingslovens sektormonistiske karakter. Så fremt internasjonal rett gir sterkere vern enn nasjonal rett, har internasjonal rett forrang jf. utlendingsloven § 3.

³⁷ Håndboken pkt. 38

³⁸ Håndboken pkt. 38

3.1 Flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2)

I det følgende skal jeg se nærmere på ordlyden «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen artikkel 1 A (2), et utvalg relevant statspraksis, og belyse de forskjellige leirene i litteraturen om subjektive forholds betydning for om en asylsøkers frykt er «well-founded».

Ordlyden «well-founded fear» kan peke, som jeg tidligere har vært inne på, både på et subjektivt og et objektivt element. Dette tilsier at en asylsøker må kunne underbygge sin egen personlige følelse av forfølgelse med objektive, konstaterbare fakta om tilstanden i hjemlandet. En annen tolkning av verbet «fear» er at det peker mot en fremtidsrettet vurdering. I engelsk språkbruk blir ordet «fear» ofte brukt i en slik sammenheng. F.eks. «I fear that I will lose my job tomorrow». Dette er heller ikke uvanlig bruk av verbet «frykt» på norsk. «Jeg er redd for/frykter at det vil bli dårlig vær i morgen». Den sistnevnte tolkningen av ordlyden innebærer at en ser bort fra en asylsøkers frykt, og at det kun er de objektive fakta som er av betydning, eventuelt at søkerens subjektive frykt blir tillagt mindre vekt.

Som tidligere nevnt er også den franske teksten autorativ, jf. flyktningkonvensjonen art. 46 tredje ledd. Det er derfor relevant å se på forståelsen av ordlyden i den franske utgaven. Den franske ordlyden er «craignant avec raison». I likhet med det engelske ordet «fear» kan det franske «craindre» forstås som både frykt som subjektiv følelse eller peke i retning av en fremtidsrettet forventning. Den franske teksten har ikke et annet innhold, og gir derfor ikke mer veiledning om hvordan vilkåret skal forstås sammenlignet med den engelske utgaven. Til tross for at alle tolkningsalternativene i stor grad må anses som like nærliggende, kan det dog påpekes at basert på en normal språklig forståelse av ordlyden, så er den mest naturlige slutningen det alternativet som legger opp til en subjektiv og en objektiv vurdering.

Det er også en åpning i ordlyden for at «well-founded» og «fear» er to separate kumulative vilkår som må være oppfylt for å få flyktningstatus. En slik tolkning vil dog fremstå som litt kunstig, da ordet «well-founded» isolert sett ikke har et konkret innhold. Denne tolkningen vil også kunne føre til uheldige og merkelige enkeltresultater hvis en asylsøker objektivt sett har en velbegrunnet frykt, men som vedkommende ikke demonstrerer under asylintervjuet. En kan tenke seg at modige personer som tar livet som flyktning med en tilnærmet stoisk ro, ikke vil oppfylle vilkåret fordi de ikke er så redde som en gjennomsnittlig asylsøker burde være i samme situasjon. En asylsøker som har ankommet Norge eller et annet land vil forøvrig ofte være langt borte fra forfølgelse, noe som innebærer en forminskert følelse av frykt. Det kan heller ikke utelukkes at enkelte grupper med asylsøkere, f.eks. barn eller psykisk

utviklingshemmede, kan ha vanskelig for å uttrykke frykt. Det er derfor gode argumenter mot å forstå ordlyden slik at det er to kumulative vilkår som må oppfylles.

Til slutt kan det også nevnes at andre ord enn «fear», f.eks. «risk», ville vært mer nærliggende ordvalg hvis ønsket var en ren objektiv vurdering. Et argument mot en slik tolkning er at en befinner seg på folkerettens område, der prosessen frem til endelig traktattekst innebærer en hel del forhandlinger, og fordi det endelige resultatet gjerne er et kompromiss mellom flere forskjellige stater, og det er i enkelte tilfeller vanskelig å bli enige om et bestemt innhold. Slike spekulasjoner burde derfor brukes med forsiktighet, og ikke tillegges for stor rettskildemessig vekt. Å se helt bort fra at det finnes andre passende ord blir uansett feil, og det er derfor et argument for den todelte vurderingen.

Begge utgavene, fransk og engelsk, av flyktningkonvensjonen åpner for flere alternative tolkninger. Basert på ordlyden og språklig kontekst alene kan det vanskelig konkluderes med hvor stor betydning søkers frykt skal ha i vurderingen. Ordlyden gir ingen veiledning på i hvor stor grad en eventuell subjektiv vurdering skal ha i forhold til den objektive. En må derfor se hen til alternative rettskilder for å finne svar på problemstillingen.

I fortalen til flyktningkonvensjonen heter det at «all States, recognizing the social and humanitarian nature of the problem of refugees[...]». Denne setningen i fortalen gir uttrykk for at et grunnleggende formål med flyktningkonvensjonen er å motvirke det humanitære problemet som flyktningssituasjonen kan være. Dette hensynet taler for å tolke konvensjonen slik at man bidrar til å løse flyktningssituasjonen i så stor grad som mulig innenfor rammen av konvensjonen. Ved å velge den rettsregel som åpner for å gi beskyttelse til flest av de som trenger det, samtidig som man unngår å innvilge beskyttelse til de som ikke har det behovet, kommer man nærmere konvensjonens ønskede rettsvirkning. Dette beskyttelseshensynet taler for at søkerens subjektive frykt burde være et relevant moment i sammenheng med de objektive fakta i saken. Dette øker sjansene for at asylprosessen ikke blir forenklet, og at alle sider av saken blir belyst.

Et annet viktig hensyn i traktaten er fokuset på det enkelte individ og dets menneskerettigheter. Dette hensynet kan leses ut av fortalens første avsnitt, som fastslår at:

«Considering that the Charter of the United Nations and the Universal Declaration of Human Rights approved on 10th December, 1948 by the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discrimination,» (min utheving)

Dette individ- og menneskerettsfokuset taler for å tolke begrepet «well-founded fear» humant og heller for vidt enn for snevert. Så fremt en asylsøker demonstrerer en åpenbar frykt som knytter seg til forfølgelse etter flyktningkonvensjonen, vil det være uheldig og i strid med konvensjonens menneskerettslige formål å se bort fra denne frykten. Det er dog viktig å presisere at asylsøkeren frykt *må* knytte seg til forfølgelse etter konvensjonen, og ikke andre grunner til frykt vedkommende måtte ha. Det er vanskelig å se store ulemper med en slik regel, så fremt man unngår å la denne subjektive frykten være et avgjørende og selvstendig vilkår i flyktningdefinisjonen. I så tilfelle vil man kunne få en situasjon der f.eks. to asylsøkere som objektivt sett har vært utsatt for lik forfølgelse, blir behandlet ulikt grunnet deres forskjellige evne til eller ønske for å uttrykke følelser under f.eks. et asylintervju. Like tilfeller skal behandles likt, og det kan fremstå som noe urimelig at søkere som demonstrerer økt frykt får innvilget asyl, mens personer som objektivt sett har vært utsatt for det samme ikke får det.

Fra statens synspunkt kan en ren objektiv vurdering av om en asylsøkers frykt er «well-founded» være både praktisk og en retts teknisk enkel regel. Det kan også øke forutberegneligheten i asylprosessen. En kan derimot ikke bare se på hva som vil være effektivt, forutberegnelig for asylanten og retts teknisk enkelt for utlendingsforvaltningen i det enkelte land. I tillegg til det nevnte beskyttelses- og individhensynet, er et av de viktigste hensynene i alminnelig forvaltningsrett at en må finne den korrekte balansen mellom effektivitet og retts teknisk enkelte løsninger, kontra det å komme frem til et materielt riktig resultat. Hvor denne grensen skal gå avhenger av hvilke rettsområder en befinner seg på. Innenfor et så potensielt livsviktig område som asylretten, vil pendelen svinge mer i retning av et materielt riktig resultat enn mot effektivitet, uten at dette innebærer at sistnevnte hensyn er irrelevant. Når det kommer til forutberegnelighet i forvaltningen er det usikkert om dette hensynet har like stor gjennomslagskraft innenfor flyktningretten, siden forutberegnelighet i forvaltningen neppe hindrer en flyktning fra å reise fra sitt hjemland.

Både det humanitære formålet, beskyttelsesformålet og hensynet til et materielt riktig resultat, taler i seg selv mot en ren objektiv vurdering, da en slik tolkning potensielt kan vanskeliggjøre konvensjonsformålene, og gjøre asylprosessen for simplifisert. En kan dog ikke se bort i fra at en i utgangspunktet objektiv vurdering også kan oppnå konvensjonsformålene, så fremt søkerens subjektive frykt kan være et aktuelt element i vurderingen. En slik løsning vil i stor grad ivareta og balansere de hensynene som er nevnt over.

Som nevnt i innledningen har uttalelsene fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) særlig relevans når det kommer til tolkningen av flyktningkonvensjonen. I håndboken fra UNHCR slås det fast at:

«To the element of fear – a state of mind and a subjective condition – is added the qualification “well-founded”. This implies that it is not only the frame of mind of the person concerned that determines his refugee status, but that this frame of mind must be supported by an objective situation. The term “well-founded fear” therefore contains a subjective and an objective element, and in determining whether well-founded fear exists, both elements must be taken into consideration.»³⁹

UNHCR går ganske langt i sin tolkning, og skriver at begge elementene «must be taken into consideration». Med andre ord: subjektive forhold *må* vurderes. Denne uttalelsen fra UNHCR støtter dermed en av de alternative tolkningsresultatene av ordlyden, nærmere bestemt at både objektive og subjektive forhold er relevant, og at begge skal tas med i vurderingen. Et spørsmål UNHCR ikke bidrar til å opplyse er om mangel på subjektiv frykt fører til at man ikke blir ansett som flyktning. I mangel av argumenter for det motsatte, så er en naturlig tolkning av UNHCR at fravær av subjektiv frykt ikke bør føre til avslag på søknaden. Til spørsmålet om i hvor stor grad det subjektive elementet skal vektlegges bidrar ikke denne uttalelsen til opplysning.

I de neste avsnittene skal jeg se på hvordan et utvalg av forskjellige lands statspraksis har tolket bestemmelsen. Som nevnt i innledningen vil oppgaven av praktiske hensyn fokusere på avgjørelser fra land i common law-tradisjonen og EU. Dette er på grunn av språklig tilgjengelighet, og at avgjørelsene fra disse landene har en rikholdig praksis på tolkning av flyktningkonvensjonen i forhold til kontinental europeisk rettspraksis. Som nevnt i innledningen har avgjørelser fra internasjonale domstoler begrenset rettskildemessig vekt i seg selv. Her kan spesielt nevnes avgjørelser fra EU-domstolen når det gjelder tolkningen av EUs statusdirektiv. Dette er ikke bindende for Norge, verken på folkerettslig eller internrettslig grunnlag.

I amerikansk statspraksis har høyesterett uttalt seg om spørsmålet i *Cardoza-Fonseca*. Domstolen sier at:

³⁹ Håndboken pkt. 38

«[t]hat the fear must be "well founded" does not alter the obvious focus on the individual's subjective beliefs».

Her er ordene «obvious focus» interessant. Høyesterett i USA er av den oppfatning at de objektive fakta i saken er relevant, men at søkerens subjektive følelser må ha et *åpenbart fokus*. Dette må forstås som at høyesterett tar til orde for en todelt vurdering av vilkåret, men også at søkerens subjektive element skal ha en stor vekt i denne vurderingen. Nøyaktig hvor denne grensen går, sier ikke domstolen noe om.

I Australia har høyesterett uttalt seg om problemstillingen i saken *Chan v MIEA*⁴⁰. Domstolen sier i avsnitt 16 i dommen at:

«[t]he phrase "well-founded fear of being persecuted" has occasioned some difference of opinion in the interpretation of the relevant Article of The Convention. Upon any view, the phrase contains both a subjective and an objective requirement. There must be a state of mind - fear of being persecuted - and a basis - well-founded - for that fear. Whilst there must be a fear of being persecuted, it must not all be in the mind; there must be a sufficient foundation for that fear.»

Her kan man legge merke til at domstolen slår fast at ordlyden «well-founded fear» inneholder både et subjektivt og et objektivt element. I likhet med amerikansk høyesterett går domstolen så langt i å vektlegge søkerens subjektive følelser at en nærmer seg to kumulative vilkår, frykt og gode grunner for denne frykten.

Canadisk høyesterett har uttalt seg om spørsmålet i saken *Ward*⁴¹. I avsnitt 47 spør domstolen:

«More generally, what exactly must a claimant do to establish fear of persecution? [...] the test is bipartite: (1) the claimant must subjectively fear persecution; and (2) this fear must be well-founded in an objective sense.»

Domstolen henviser deretter til den underrettspraksis⁴² som først formulerte den todelt vurderingen, og gir sin støtte til denne redegjørelsen. I den nevnte underrettspraksis ble det sagt at:

⁴⁰ Chan (1989) 169 CLR 379

⁴¹ Supreme Court of Canada, *Canada (Attorney General) v. Ward*, JE 93-1264

⁴² *Rajudeen v. MEI*, (1984) 55 N.R. 129 (FCA) avsnitt 14

"The subjective component relates to the existence of the fear of persecution in the mind of the refugee. The objective component requires that the refugee's fear be evaluated objectively to determine if there is a valid basis for that fear.»

Og til slutt, i en dom fra Storbritannia⁴³, uttalte førstvoterende, i avsnitt 17 at:

«[t]he Convention directs attention to the state of mind of the individual. It is the fear which that person has that must be examined and shown to be well-founded».

Det alle disse avgjørelsene fra domstolene i Storbritannia, USA, Canada og Australia har til felles er at de fremhever en kombinasjon av objektive og subjektive elementer. Denne rettspraksisen støtter derfor opp om ordlydstolkningen med objektive og subjektive elementer, og gir det sistnevnte element stor vekt.

Statusdirektivet i EU inneholder ingen spesifikke regler om problemstillingen om forholdet mellom objektive og subjektive forhold, i likhet med flyktningkonvensjonen. EU-domstolen har ei heller i sin praksis eksplisitt tatt stilling til denne problemstillingen. I det følgende vil det derfor bli sett på enkelte avgjørelser fra EU-domstolen som omhandler beslektede tema som kan si noe om oppgavens problemstilling.

I dommen *Abdulla og andre mot Tyskland*⁴⁴ fra 2010 var en av problemstillingene for domstolen om:

«en person mister sin flyktningestatus, når de omstændigheder, der begrundede frygten for forfølgelse af en af de i direktivets artikel 2, litra c), nævnte årsager, og ifølge hvilke den pågældende er blevet anerkendt som flygtning, ikke længere består, og den pågældende heller ikke af andre grunde må frygte »forfølgelse«.»⁴⁵

Det sentrale spørsmålet for domstolen var med andre ord bortfall av flyktningstatus, noe som faller utenfor denne oppgavens problemstilling. I forbindelse med vurderingen om bortfall av flyktningstatus uttalte domstolen uansett i avsnitt 57 at:

«[d]en pågældende statsborger skal altså på *grund af omstændigheder i sit hjemland* være stillet over for en velbegrunnet frygt for personlig forfølgelse af i hvert fald én af de fem årsager, som opregnes i direktivet og i Genèvekonventionen.» (min utheving).

⁴³ United Kingdom Supreme Court, *HJ (Iran) v Secretary of State for the Home Department* [2011] AC 596

⁴⁴ Forenede sager C-175/08, C-176/08, C-178/08 og C-179/08 mod Bundesrepublik Deutschland

⁴⁵ *Abdulla* avsnitt 55

Det som kan utledes av uttalelsen fra domstolen er at det avgjørende for innvilgelse av flyktningstatus er forholdene i hjemlandet og ikke asylsøkerens sinnstilstand. Denne uttalelsen fra domstolen ser derfor ut til å bygge opp under at EU-retten legger opp til en objektiv vurdering av vilkåret «well-founded fear», der det subjektive elementet ikke nødvendigvis *må* være oppfylt for å få flyktningstatus. Dette betyr uansett ikke at søkerens sinnstilstand er irrelevant, det blir å legge for mye i domstolens uttalelser. Uttalelsen «på grund af omstendigheder i sit hjemland» kan ikke tolkes slik at domstolen lukker døren for søkerens egne følelser om forfølgelsen.

I saken *Y og Z mot Tyskland*⁴⁶ fra 2012 var en av problemstillingene om ethvert inngrep i utøvelse av religion vil medføre et inngrep som kvalifiserer som forfølgelse etter flyktningkonvensjonen. I avsnitt 69 i dommen sier domstolen at:

«Eftersom begrebet »religion« som defineret i direktivets artikel 10, stk. 1, litra b), ligeledes omfatter deltagelse i offentlige gudstjenester alene eller i fællesskab med andre, kan et forbud mod en sådan deltagelse udgøre en tilstrækkelig alvorlig handling som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1, litra a), og dermed forfølgelse, når den i det omhandlede hjemland fører til en *reel risiko* for, at *ansøgeren* bl.a. bliver udsat for forfølgelse eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf (...).» (min utheving)

Det domstolen gjør i dette avsnittet er å vurdere hvor høy den reelle risikoen for forfølgelse ved religionsutøvelse i hjemlandet faktisk er for en asylsøker. Dette innebærer altså at EU-domstolen ved anvendelse av den tilsynelatende rent objektive standarden også må ta med faktorer som kan være unike for den enkelte, inkludert hans følelser og forpliktelser overfor f.eks. et religiøst fellesskap. De markerte ordene «reel risiko» for «ansøgeren» fremhever også fokuset på den enkelte asylsøker når man vurderer om vilkåret «well-founded fear» er oppfylt. Alt dette kan forstås som at EU-domstolen beveger seg mot objektive faktorer som raskt egentlig handler om hvordan den enkelte asylsøker opplevde forfølgelsen eller muligheten for sådan. Til dette kan det argumenteres mot at slike faktorer, uavhengig om de er unike for den enkelte, fortsatt er objektive faktorer og ikke søkerens subjektive frykt. Det kan uansett ikke sees bort fra at domstolen opererer i et grenseland mellom objektive og subjektive faktorer. Domstolen sier uansett selv i avsnitt 70:

⁴⁶ Forenede sager C-71/11 og C-99/11 mod Forbundsrepublikken Tyskland

«Vurderingen af en sådan risiko indebærer, at den kompetente myndighed skal tage en række *såvel objektive som subjektive elementer i betragtning*. Den subjektive omstændighed, at efterlevelsen af en vis religionsudøvelse i det offentlige rum, der er genstand for de omhandlede begrænsninger, er *særlig vigtig for den berørte* med henblik på at bevare vedkommendes religiøse identitet, er et relevant element ved bedømmelsen af den risiko, som ansøgeren vil være udsat for i sit hjemland som følge af sin religion, selv om efterlevelsen af en sådan religionsudøvelse ikke udgør et centralt element for det berørte trossamfund.» (min utheving)

Etter en nærmere analyse av EU-domstolens praksis, tar domstolen utgangspunkt i de objektive momentene, men at søkerens særegne situasjon også er relevant, dog ikke utslagsgivende. Det kan se ut som at praksis fra common law-tradisjonen og kontinental civil law-praksis har utviklet seg noe forskjellig, der praksis fra førstnevnte tradisjon i større grad vektlegger det subjektive elementet, og nærmer seg en forståelse som innebærer to kumulative vilkår. Med unntak av at alle vektlegger det objektive momentet, er det på grunn av denne sprikende forståelsen av vilkåret mellom common law- og civil law-tradisjonen, vanskelig å trekke en klar slutning ut av rettspraksis. Ingen av de gjennomgåtte dommene sier heller noe om hvor stor vekt søkerens følelser skal ha i den konkrete vurderingen om innvilgelse av asyl.

Som nevnt tidligere, er det delte meninger i litteraturen for hvordan vilkåret skal forstås. Et synspunkt er anført av Theodore N. Cox. Han mener at hovedfokuset i vurderingen er søkerens subjektive følelse av frykt. Hvis en asylsøker har vært redd nok til å forlate landet sitt for å søke asyl, er frykten velbegrunnet. Som han selv skriver er:

«[t]he focus of inquiry [...] directed towards a person's actual fear and his real and natural motivation for desiring protection. Thus, if a person's fear is great enough to make him flee, it is well-founded.»⁴⁷

Dette synet utgjør et mindretall, og det kan vanskelig argumenteres for at denne regelen har støtte i ordlyd, uttalelser fra UNHCR, rettspraksis eller, som den videre drøftelse vil vise, annen juridisk litteratur. En rettsregel som ser helt bort fra de objektive forhold i saken, vil føre til at personer som viser stor nok frykt får beskyttelse, mens personer som ikke gjør det ikke får det. Med andre ord vil konvensjonens formål bli vanskeligere å oppnå med en slik

⁴⁷ Theodore N. Cox, *Well-Founded Fear of Being Persecuted: The Sources and Application of a Criterion of Refugee Status*, 10 Brook. J. Int'l L. 333, 1984

regel. Det kan heller ikke ses bort fra at en slik rettsregel vil kunne rokke ved asylinstituttets troverdighet og legitimitet blant folk.

Atle Grahl-Madsen mener at hovedregelen burde være en rent objektiv vurdering. Hans begrunnelse er at ordlyden «well-founded» leder oppmerksomheten bort fra søkerens sinnstilstand. Den enkeltes sinnstilstand har liten eller ingen betydning. Grahl-Madsen skriver at:

«‘[f]ear’ is, generally speaking, a subjective condition, a state of mind. ‘Well-founded fear’ is a technical term(...). The adjective ‘well-founded’ suggests that it is not the frame of mind of the person concerned which is decisive for the claim of refugeehood, but the claim should be measured with a more objective yardstick. (...) In fact,[...], the frame of mind of the individual hardly matters at all.»⁴⁸

Det kan her påpekes at en svakhet med Grahl-Madsens analyse av ordlyden er at han vier ordet «fear» liten plass. En nærmere analyse av hvorfor ordet «fear» skal ha så liten betydning hadde styrket hans argumentasjon. Grahl-Madsen er også av den oppfatning at enhver flyktning vil ha en viss form for frykt, velbegrunnet eller ei, uavhengig av om vedkommende viser det eller ikke. Han skriver at:

«Every person claiming (...) to be a refugee has ‘fear’ (‘well-founded’ or otherwise) of being persecuted in the sense of the present provision, irrespective of whether he jitters at the very thought of his return to his home country, is prepared to brave all hazards, or is simply apathetic or even unconscious of the possible dangers.

Similarly, it does not matter, in this respect, what type of person we are faced with(...). Just as the nervous, the brave, and the foolhardy should be subject to the same gauge, ‘well-founded fear’ may exist, irrespective of whether the individual in question is a babe-in-arms, a lunatic, ignorant or well-informed, naïve or cunning.»⁴⁹

Dette må forstås som at han mener at det er lite fruktbart å i det hele tatt vurdere om en asylsøker viser frykt, da en hver person i den situasjonen vil gi uttrykk for frykt, velbegrunnet eller ei. Han er også inne på at det å legge vekt på hvilken type person man er, kan stride mot likebehandling. Velbegrunnet frykt kan foreligge uansett personlighet. Grahl-Madsens

⁴⁸ Grahl-Madsen s. 173 og 174

⁴⁹ Grahl-Madsen s. 174

konklusjon på problemstillingen er at vi må stille spørsmålet om de objektive forholdene i landet flyktningen kom fra, tilsier at vedkommende vil bli utsatt for forfølgelse:

«We cannot find a common denominator in the minds of refugees. We must seek it in the conditions prevailing in the country whence they have fled. 'Well-founded fear of being persecuted' may therefore be said to exist, if it is likely that the person concerned will become the victim of persecution if he returns to his country of origin.»

Til tross for en noe kort analyse av ordet «fear», er Grahl-Madsens tolkningen innenfor en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Han tar også opp flere argumenter som burde tas til etterretning. At enhver person som flykter fra forfølgelse fra sitt hjemland eller oppholdssted til en viss grad innehar en god dose frykt, uavhengig om vedkommende er i stand til å uttrykke det, er ikke kontroversielt. Derfor vil det i de fleste tilfeller ikke ha en hensikt å vektlegge søkerens subjektive følelse av frykt, da konklusjonen i de fleste tilfeller vil være at søkeren viser frykt. Som Grahl-Madsen selv sier vil det springende punkt i de fleste asylsaker være om frykten er velbegrunnet objektivt sett. Det å i for stor grad legge vekt på den enkelte asylsøkers indre følelsesliv, kan også føre til uheldige resultater, der to personer i objektivt samme situasjon lider forskjellige skjebner i møte med et lands utlendingsforvaltning.

De forfatterne som har den mest omfattende og dyptgående kritikken av «the traditional bipartite standard» er James C. Hathaway og Michelle Foster. De argumenterer for en ren objektiv vurdering av vilkåret, til tross for at den tradisjonelle og todelte vurderingen har solid forankring i rettspraksis og uttalelser fra UNHCR. Før selve redegjørelsen av deres forståelse av rettsregelen, skal jeg i det følgende se på deres argumentasjon om hvorfor «the traditional bipartite standard» er problematisk.

Etter deres mening finnes det reelle normative problemer og negative konsekvenser for den potensielle flyktningen, og ikke minst praktiske problemer med gjennomføringen av den todelte vurdering. De fremhever flere problemer med den todelte vurderingen. Én konsekvens er at den som objektivt sett er utsatt for forfølgelse ikke vil oppfylle vilkåret hvis vedkommende ikke samtidig viser en subjektiv frykt. Med andre ord, den rådende forståelsen om at vurderingen er todelte gir ikke en asylsøker alternative måter å føre sin sak på. Hathaway og Foster er også av den oppfatning at tilstedeværelsen av subjektiv frykt ikke er en fordel for en asylsøker, men heller en ekstra byrde for den enkelte. De beskriver dette problemet selv som at:

«[t]he traditional view does not provide alternative means by which to show a well-founded fear (that is, by allowing an applicant to show either subjective trepidation or objective risk). Nor even does the existence of subjective fear create a presumption in favor of refugee status. The dominant view is rather that “[f]ear of persecution without a valid justification is irrational and therefore insufficient to form the basis of an asylum claim.” The subjective fear requirement is thus an additional burden to be discharged, the rule being that refugee status must be denied where subjective fear cannot be demonstrated, even where there is evidence of a genuine, objective risk.»⁵⁰

De skriver også at denne regelen i praksis får stor betydning fordi:

«(...) the bipartite doctrine requires the denial of protection to persons truly at risk of being persecuted, but who fail to demonstrate the requisite emotional response to same, it cannot be treated as simply a benign if unprincipled rule.»⁵¹

Hathaway og Foster mener også at regelens normative problemer blir forsterket av de praktiske problemstillingene som oppstår ved gjennomføringen av den todelte vurderingen. Det første de fremhever er at det generelt sett er problematisk å lese en persons følelser i for eksempel et asylintervju. Dette er spesielt utfordrende innenfor flyktningretten, grunnet den store forskjellen det kan være mellom forskjellige kulturer når det kommer til demonstrasjon av følelser, og hva som skjer når disse kulturene møtes. De beskriver selv problemet slik:

«The fundamental illogic of insistence on proof of trepidation is exposed by the fact that it is generally difficult, if not impossible, for decision-makers to determine in a formal hearing process whether an applicant is genuinely fearful or not. The analysis of a person’s emotional state, an inherently problematic exercise, is especially difficult in the context of refugee law. One factor complicating the inquiry is the considerable diversity among applicants. Persons of “different nationalities, educations, trades, experience, creeds and temperaments” are bound to manifest fear in divergent and unpredictable ways. In particular, persons whose culture discourages the open display of emotion may present an outwardly stoic demeanor, despite intense, internal feelings of distress and anxiety. Such persons are therefore especially likely to be denied

⁵⁰ Hathaway og Foster s. 93

⁵¹ Hathaway og Foster s. 95

refugee status for failure to demonstrate a subjective fear of being persecuted (regardless of the actual risk they face).»⁵²

Hathaway og Foster fortsetter med å redegjøre for at det generelt sett, uavhengig av rettsområde, kan føre til en form for innesluttet angst når en person skal redegjøre for sine ubehagelige opplevelser. Det Hathaway og Foster er inne på er at et asylintervju kan fremstå som en veldig fremmed situasjon å brette ut sine mest intime følelser i. Det er heller ikke utenkelig at enkelte persongrupper med lav utdanning eller kommunikasjonsproblemer kan ha vanskelig for å uttrykke sin frykt på en tilfredsstillende måte. Andre problemer med språk og tolk kan heller ikke utelukkes. De slår selv fast at:

«More generally, “understandable anxiety affects most claimants compelled to recount painful facts in a formal and foreign environment.” Even a genuinely fearful applicant might be disinclined openly to display her most intimate emotions in the presence of total strangers and in the sterile atmosphere of a refugee status hearing. Further complicating the inquiry into an applicant’s emotional state are problems related to communication. Uneducated or inarticulate applicants may be fearful, yet unable to put their feelings into words. Similarly, fearful applicants forced to communicate through an interpreter may be seen to lack fear where their words and expressions are translated in ways that fail fully to convey the extent of their trepidation.»⁵³

Det andre problemet som kan oppstå, i følge Hathaway og Foster, er det vi kan kalle objektive surrogater for subjektiv frykt. Surrogatene har oppstått på grunn av vanskelighetene med å pålitelig identifisere subjektiv frykt:

«Because of the inherent difficulties of reliably identifying subjective fear, courts have devised a host of artificial mechanisms ostensibly to aid in the determination. Unsurprisingly, courts accustomed to undertaking objective inquiries, and painfully aware of the fact that traditional legal processes are unsuited to the reliable identification of genuine trepidation, have turned to objective surrogate indicators of supposedly subjective fear. While undoubtedly well-intentioned, the several approaches adopted are highly problematic.»⁵⁴

⁵² Hathaway og Foster s. 96

⁵³ Hathaway og Foster s. 96

⁵⁴ Hathaway og Foster s. 96

For det tredje er det en fare for at domstolene sidestiller frykt med troverdighet. Dette problemet beskrives av Hathaway og Foster som den komplette kapitulasjon på grunn av vanskelighetene med å identifisere subjektiv frykt. Under en slik praksis av regelen vil en asylsøker som blir ansett troverdig også antatt å være redd, mens en asylsøker som ikke blir ansett som troverdig blir ansett å mangle denne følelsen av frykt.⁵⁵

For det fjerde kan den todelte vurderingen skape kompliserte unntaksregler. Hathaway og Foster skriver at det er så store utfordringene med en rettsregel som legger avgjørende vekt på asylsøkerens subjektive frykt, at domstoler og forvaltning utvikler kompliserte unntaksregler for personer som f.eks. ikke evner å vise frykt. De skriver at dette fører til at hovedregelen om at søkeren må demonstrere subjektiv frykt i mange tilfeller blir spist opp av unntaksreglene, og stiller spørsmålet om:

«[...] if the exceptions swallow the rule (as seems to be the case), can it really be said that there is a requirement to demonstrate subjective fear at all?»⁵⁶

Det femte og siste problemet med den tradisjonelle todelte standarden er i følge Hathaway og Foster at domstolen eller utlendingsforvaltningen presumerer at søkerens subjektive frykt foreligger i kraft av at personen leverer inn asylsøknaden. Rettsanvenderen ser med andre ord på innleveringen av asylsøknaden som et uttrykk for frykt. Spørsmålet deretter er om det finnes objektive fakta som underbygger denne presumerte følelsen av frykt. En slik fremgangsmåte ser ved første øyekast ikke problematisk ut, da dette gjerne vil være til gunst for asylsøkeren. Ifølge Hathaway og Foster, slik jeg leser dem, er dette dog en fallitterklæring fra forkjemperne for «the bipartite standard», og at de lege lata legger en slik rettsregel opp til en ren objektiv vurdering. De skriver selv at det er en:

«de facto deference to purely objective assessment of risk nonetheless, [which] raises the question of just why it makes any sense to persist in arguing for a bipartite understanding of “well-founded fear” at all.»⁵⁷

Sagt på en litt annen måte: Hva er poenget med den todelte vurderingen når rettsanvenderen uansett ender opp med å legge søkerens subjektive frykt til grunn, for så stille å spørsmålet

⁵⁵ Hathaway og Foster s. 100 og 101

⁵⁶ Hathaway og Foster s. 103 og 104

⁵⁷ Hathaway og Foster s. 104

om de objektive fakta i saken er tilstrekkelig nok til å etablere flyktningstatus? Da er vurderingen de lege lata en objektiv vurdering av søkerens forklaring i saken.

Det som til nå er redegjort for er som nevnt aktuelle problemer med den todelte standarden. Når det kommer til Hathaway og Fosters rettslige argumentasjon for deres syn, legger de stor vekt på konvensjonens ordlyd, formål og hensikt. De fremhever først at isolert sett kan ordlyden, både fransk og engelsk, forstås på flere måter. Dette er i tråd med det som tidligere er redegjort for i oppgaven om konvensjonens ordlyd. Deres forståelse av konvensjonens ordlyd er enten en «psychological assessment of the claimant's reaction to conditions in her state of origin» eller «an anticipatory appraisal of risk». Sistnevnte bruk er etter deres mening også i samsvar med ordinær engelsk språkbruk. Når det kommer til den franske ordlyden «craignant avec raison», og hvordan denne har blitt forstått i praksis, påpeker dog Hathaway og Foster at domstoler i land som har tolket den franske ordlyden har kommet til et annet tolkningsresultat enn domstoler i land som benytter seg av den engelske versjonen:

«[y]et while either is a linguistically plausible interpretation, courts applying “craignant avec raison” have not in practice required a demonstration of subjective fearfulness. Instead, the civil law jurisprudence acknowledges only the existence of a more diffuse “subjective element” in well-founded fear intended to ensure attention to the applicant's case.»⁵⁸

Denne uttalelsen fra Hathaway og Foster om praksis fra kontinentet, samsvarer med den tidligere redegjørelsen av praksis fra EU-domstolen. Det ser ut som at europeisk statspraksis tar utgangspunkt i søkerens objektive situasjon, men tar et noe vagere «subjective element» inn i den konkrete vurderingen. Om skillet mellom common law- og civil law-praksis slår de fast at:

«(...) in contrast to the dominant common law jurisprudence, this subjective element is not treated as an essential element of refugee status independent of the objective inquiry into risk. It rather shapes and contextualizes that objective inquiry. As such, claims to refugee status are not dismissed on the basis that there is insufficient evidence of subjective fear.»⁵⁹

De skriver videre at hvis praksis i land som hovedsakelig tolker den franske utgaven av konvensjonen har konkludert med at subjektiv frykt ikke er et avgjørende moment, så er det i

⁵⁸ Hathaway og Foster s. 106

⁵⁹ Hathaway og Foster s. 106

seg selv et argument mot å tolke den engelske utgaven i den retning, jf. Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 33 (3), som sier at hver autentisk utgave av en traktat skal presumeres å ha likt meningsinnhold:

«This practice is an important factor to be considered in determining the literal meaning to be given to the notion of “well-founded fear,” as the terms in the refugee definition “are presumed to have the same meaning in each authentic text.”[jf. Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 33 (3)] Thus, if “craindre” and “fear” have the same meaning, and if subjective trepidation is not considered relevant to satisfaction of the French language test, it follows that the textual argument for seeing use of the term “fear” as necessarily predicating refugee status on the existence of trepidation is significantly weakened.»⁶⁰

En kan dog påpeke at dette argumentet også kan brukes i mot Hathaway og Fosters standpunkt, men det er uansett ikke feil å påpeke at argumentene for den tradisjonelle todelte vurderingen svekkes av at ordlyden i de to autentiske tekstene har blitt tolket noe forskjellig.

Etter analysen av ordlyden og praksis i konvensjonen, er deres endelige slutning at ordlyden klart innebærer at det ikke er nødvendig med den todelte vurderingen. Den alternative tolkningen er, som tidligere nevnt, «an anticipatory, objective assesment of risk». Etter deres mening er sistnevnte tolkning ikke bare støttet opp av konvensjonens ordlyd, men også konvensjonens «object and purpose».

Om konvensjonens formål skriver Hathaway og Foster at den skal gi beskyttelse til individer, det såkalte beskyttelsesformålet. En kan si at enhver tolkning av konvensjonen som vanskeliggjør det å gi beskyttelse til de som behøver det burde ha svært gode grunner for seg. Eller som de selv skriver:

«The Convention was conceived “to provide refuge to those whose home state cannot or does not afford them protection from persecution,”[jf. Ward, Canadisk Høyesterett] “to enable the person who no longer has the benefit of protection against persecution for a Convention reason in his own country to turn for protection to the international community.”[jf. Horvath, Britisk høyesterett].»⁶¹

⁶⁰ Hathaway og Foster s. 108

⁶¹ Hathaway og Foster s. 108

Til slutt er Hathaway og Foster innom flere ting, og det første som nevnes er likebehandlingshensynet. Her tilføyes også det som er nevnt tidligere, om at visse grupper med asylsøkere, f.eks. barn eller personer med funksjonshemning, kan mangle evnen til å demonstrere frykt. Man kan heller ikke se bort i fra det faktum at enkelte bedre takler den stressende og kaotiske situasjonen som det å være flyktning er, og derfor ikke viser frykt i like stor grad. De skriver at:

«It would be anomalous indeed to ascribe to “fear” a meaning that requires states to refuse protection to an applicant identically situated to another with respect to risk, but who is unable to demonstrate trepidation at a subjective level. Simply put, why should refugee status distinguish among persons similarly at risk on the basis of variations of individual temperament or tolerance? Why should an individual of stoic disposition be viewed as less worthy of protection than one who is easily scared, or who proclaims her concerns with great fervor? Yet when subjective fear is deemed an essential criterion for refugee status, the result is to advantage the claims of those whose trepidation can readily be identified by decision-makers and to disadvantage individuals who, for whatever reason, do not project fearfulness. The disparate treatment of applicants comparably situated with respect to their actual risk of being persecuted cannot be reconciled to the human-rights-based goals of refugee law.»⁶²

Einarsen mener at traktatens formål er å ivareta det enkelte individ, og at dette i seg selv taler for at søkerens følelser er en relevant faktor. Hvis en asylsøker på grunn av grove overgrep har en følelse av intens frykt, vil det være lite rimelig å se helt bort fra dette. Dette vil etter hans syn også stride mot konvensjonens humanitære formål. På den andre siden mener han at det for statens anliggende vil være en fordel med en ren objektiv vurdering. En slik retts teknisk enklere rettsregel vil føre til økt grad av likebehandling, effektivitet og forutberegnelighet. Han skriver dog at dette i seg selv ikke er gode argumenter for en objektiv vurdering, da det vil være likegyldig for en asylsøker om resultatet er forutberegnelig eller ikke. Vedkommende må uansett forlate landet sitt, ofte ganske raskt. Han mener også at de tidligere nevnte fordelene likebehandling, effektivitet og forutberegnelighet, ikke kan oppnås fullt ut i asylsaker uansett, og vil fremstå som en illusjon. Dette fordi området er så politisert, og rettsanvenderne er ofte utsatt for et sterkt ytre press. Einarsen er også av den oppfatning at en ren objektiv vurdering vil føre til en forenklet prosess, der hver enkelt asylsøker ikke blir hørt. Som eksempel på dette nevner han at flere asylsøkere med Kosovo-albansk bakgrunn i

⁶² Hathaway og Foster s. 109

1997 hevdet å ha deltatt i motstandsgrupper i hjemlandet. Problemet var at slike grupper ikke var antatt å eksistere på den tiden, noe som i ettertid må anses å være feilaktig.⁶³ Dette sistnevnte eksemplet må anses som et godt argument fra Einarsen mot en ren objektiv vurdering. Hvis personer som objektivt sett ikke har en velbegrunnet frykt, men allikevel har flyktet fra sitt hjemland og opplever en sterk subjektiv frykt får avslag, kan man i verste fall sende disse tilbake til forfølgelse i hjemlandet. Det illustrerer problemet som kan oppstå hvis de objektive fakta blir enerådende i asylvurderingen, og kan motvirke at konvensjonens formål om å gi beskyttelse opprettholdes.

Einarsen er også av den oppfatning av at i såkalte «objektive tvilstilfeller» kan søkerens subjektive frykt være avgjørende:

«(...) søkerens subjektive forestillinger om situasjonen og frykt for å bli forfulgt skal tas i betraktning til søkerens gunst. I «objektive tvilstilfeller» vil således subjektiv frykt, særlig den som er utløst av erfart grove overgrep i hjemlandet, kunne veie opp for mangler eller tvil når det gjelder den objektive risikoen for fremtidig forfølgelse(...)»

Han skriver også at det ikke er «rettskildemessig dekning for at ubegrunnet subjektiv frykt i seg selv kan danne grunnlag for flyktningstatus (...)»⁶⁴

Einarsen kan oppsummeres som at han mener at den objektive risikoen er det sentrale, men at det blir feil å se bort fra søkerens subjektive opplevelser. Hans tolkning av «well-founded fear» er med andre ord i samsvar med den ordlydsfortolkningen som peker mot alternativet som legger opp til både en subjektiv og en objektiv vurdering. Han legger også stor vekt på viktigheten av beskyttelsesformålet i flyktningkonvensjonen.

Til spørsmålet om hvor stor vekt eventuelle subjektive momenter skal ha i vurderingen så har ikke dette blitt drøftet i juridisk litteratur eller praksis. Som nevnt tidligere gir heller ikke ordlyden veiledning om dette spørsmålet. Goodwin-Gill og McAdam er også av den oppfatning at oppgavens problemstilling er uavklart i konvensjonens ordlyd, praksis og i juridisk litteratur:

⁶³ Einarsen s. 387

⁶⁴ Einarsen s. 393

«[i]t is by no means clear, however, whether from the definition, jurisprudence or commentary; how much of a role the subjective element is expected to play in a determination process that is practically orientetd to the assesment of risk.»⁶⁵

Dybvik Øyen er også av den oppfatning at rettskildene peker i retning av at:

«[d]et er i all hovedsak en objektiv vurdering av risikoen. Men det er mulig å legge vekt på den subjektive frykten hvis du er i en spesielt sårbar situasjon, f.eks. på grunn av tidligere overgrep».⁶⁶ Øyen skriver også at «[d]et er uklart hvor stor vekt den subjektive frykten tillegges i statspraksis. Dette er et omstridt spørsmål. Konvensjonen gir ingen klare svar.»⁶⁷

3.1.1 Oppsummering av flyktningkonvensjonen art. 1 A (2)

Før konklusjonen er det på sin plass med en oppsummering av det som til nå er skrevet om flyktningkonvensjonen. I utgangspunktet åpner ordlyden for alle de forskjellige alternativene som har vært luftet i praksis og litteratur. FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) er på sin side opptatt av at objektive og subjektive elementer må tas med i vurderingen. I statspraksis fra land fra common law-tradisjonen har det utviklet seg en ganske fast praksis om at de objektive og subjektive elementene må tas med i vurderingen. Da nærmer man seg en tolkning som i realiteten innebærer to kumulative vilkår. EU-domstolen, som representerer en form for europeisk felles forståelse av vilkåret, har praktisert bestemmelsen annerledes. Domstolen tar utgangspunkt i en objektiv vurdering, men tar også med seg det litt vagere «subjektive elementet» i vurderingen.

I juridisk litteratur er det flere leirer. Rettspraksis er delt og det er dekning i rettspraksis for begge de alternativene som har blitt argumentert for i juridisk litteratur. Alternativene er å ta utgangspunkt i enten en ren objektiv vurdering jf. Grahl-Madsen, Hathaway og Foster, eller en objektiv vurdering med innslag av subjektive elementer jf. Einarsen og Dybvik Øyen. Einarsen er også av den oppfatning at i «objektive tvilstilfeller» kan en få flyktningstatus basert på en forsterket subjektiv frykt på grunn av alvorlig forfølgelse i oppholdslandet. Det alle disse har til felles er at løsningen i utgangspunktet skal være objektiv, og at subjektiv frykt alene ikke kan være avgjørende.

⁶⁵ Goodwin-Gill og McAdam s. 64

⁶⁶ Øyen s. 201

⁶⁷ Øyen s. 201

Siden løsningen etter flyktningkonvensjonen ikke er klart definert i verken ordlyd, praksis eller litteratur, er den beste løsning den som vil oppfylle konvensjonens formål på best mulig måte, og være i tråd med de underliggende hensyn. De relevante hensyn er beskyttelseshensynet, det generelle hensynet til likebehandling i forvaltningen, det menneskerettslige formålet, hensynet til en retsteknisk enkel regel og effektivitet.

Til spørsmålet om hvordan betydning en søkers frykt har i vurderingen om vilkåret er oppfylt, må løsningen etter flyktningkonvensjonen bli at man tar utgangspunkt i en ren objektiv vurdering, da denne regelen ivaretar beskyttelsesformålet, men også tar hensyn til blant annet likebehandling. Likebehandling er viktig for at flyktningretten skal ha legitimitet. Når det kommer til typetilfeller der de objektive fakta i saken i seg selv er usikre, vil det være anledning til å legge større vekt på en forsterket subjektiv frykt, så fremt det er snakk om grove overgrep. Typiske overgrep som dette vil gjelde, er brudd på sentrale menneskerettigheter, f.eks. retten til liv etter EMK artikkel 2 og vernet mot tortur etter EMK artikkel 3.

Til spørsmålet om det kan opereres med en rettsregel der søkeren *må* uttrykke subjektiv frykt er det, til tross for den overveldende praksis fra common law-land, klart at en slik regel ikke vil samsvare med hensynene bak konvensjonen, spesielt beskyttelseshensynet. EU-domstolen er også uenig med praksisen fra common law-nasjonene. UNHCR også er av den oppfatning at begge hensynene *må* tas med i vurderingen, men som nevnt innebærer ikke nødvendigvis deres syn at fravær av subjektiv frykt må føre til avslag på asylsøknaden.

Det er heller ikke klart hvor stor vekt det subjektive elementet skal ha. Det er ikke dekning i rettskildene for å konstruere en klar rettsregel til dette spørsmålet. Avgjørelsen må tas etter en konkret vurdering der en i så høy grad som mulig forsøker å ivareta de forskjellige hensynene i asylretten og forvaltningsretten generelt sett.

3.2 Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a)

Ordlyden i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a) er «velbegrunnet frykt», med andre ord en direkte oversettelse til norsk av flyktningkonvensjonen. I følge forarbeidene henviser «[b]estemmelsen (...) til flyktningkonvensjonen art. 1 A, og gir en forkortet gjengivelse av denne.»⁶⁸

⁶⁸ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 414

Den norske ordlyden «velbegrunnet frykt» gir ikke bestemmelsen et annet innhold enn den engelske «well-founded fear». Ordlyden kan bety både en subjektiv følelse av frykt, eller peke fremover mot noe i fremtiden. Både en ren objektiv vurdering, to kumulative vilkår og en objektiv vurdering med et subjektivt element, kan falle inn under ordlyden. Ordlyden åpner med andre ord for alle de alternative tolkningene som flyktningkonvensjonen gjør. Det henvises tilbake til det som i oppgaven er skrevet om ordlyden «well-founded fear» i flyktningkonvensjonen.

I lovutkastet til någjeldende utlendingslov anså lovutvalget det som:

«klart at det er en objektiv bedømmelse av risikoen som bør være avgjørende, men [...] at det ikke er rimelig eller hensiktsmessig å operere med en absolutt skranke mot at forsterket subjektiv frykt hos søkeren kan tillegges vekt i en samlet vurdering».⁶⁹

Dette sa departementet seg enig i og skrev nærmer at det:

«[...] er en objektiv vurdering av risikoen som er avgjørende. Verken flyktningkonvensjonen eller loven kan imidlertid tolkes slik at det er noe hinder mot å legge vekt på en forsterket subjektiv frykt dersom søkeren er i en spesielt sårbar individuelle situasjon».⁷⁰

Uttalelsene i forarbeidene må anses som ganske klare, og de peker på at det avgjørende i norsk rett er den objektive vurderingen av risikoen. Det påpekes dog at det vil være uheldig å se bort fra den subjektive frykten i en «samlet vurdering» hvis søkeren er i en spesielt sårbar individuell situasjon. Forarbeidene trekker derfor i retning av at testen i utgangspunktet er objektiv, men at subjektive elementer *kan* tas med i vurderingen.

Til tross for innholdet i ordlyden er det etter utlendingsloven ikke stilt krav til at søkeren må demonstrere sin frykt. Denne presumeres å være til stede i kraft av at søknad om asyl er levert inn.⁷¹

Etter utlendingsloven legger jeg avgjørende vekt på uttalelsene i forarbeidene. Vurderingen etter norsk rett er i utgangspunktet objektivt, men lovgiver har ikke lukket døren for at en forsterket subjektiv frykt kan tillegges vekt i en samlet vurdering. Det kreves ikke at man demonstrerer sin frykt ved innlevering av søknaden. Denne regelen vil medføre at asylsøkere i

⁶⁹ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 86

⁷⁰ Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) s. 88

⁷¹ Øyen s. 199

utgangspunktet blir behandlet likt basert på objektive fakta om forholdene i hjemlandet og den enkeltes situasjon. I særlige tilfeller der det er tvil om de objektive fakta, og søkeren er i en spesielt sårbar situasjon, vil det være relevant å tillegge den subjektive frykten vekt. Noe nærmere veiledning for hvilke konkrete situasjoner dette vil være relevant for, finnes ikke i forarbeidene, og må løses i praksis etter en konkret helhetsvurdering.

Norsk rett er etter dette i samsvar med flyktningkonvensjonen.

4 Oppsummering

Til oppgavens første problemstilling, så vil risikoterskelen etter utlendingsloven, basert på lovens ordlyd og de klare uttalelsene i forarbeidene, best formuleres som at det må være en «reell grunn» for forfølgelse. Etter flyktningkonvensjonen er den såkalte «real chance»-testen utviklet i statspraksis om flyktningkonvensjonen en klar parallell til dette, og norsk rett må anses å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser etter flyktningkonvensjonen.

Til den andre problemstillingen, spørsmålet om subjektive forholds betydning, er vurderingen i utgangspunktet objektiv, men søkerens subjektive frykt kan tillegges vekt i en samlet vurdering. Det er uklart hvor stor vekt søkerens subjektive frykt skal ha, både etter utlendingsloven og flyktningkonvensjonen, men søkers subjektive frykt er ikke enerådende. Norsk rett er også i dette spørsmålet i samsvar med flyktningkonvensjonen.

Kildeliste

Lover, forarbejder og internationale konvensjoner

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

NOU 2004: 20

Ot.prp. nr. 75

Statute of the International Court of Justice (ICJ), 18. april 1946

Convention relating to the Status of Refugees, 28. juli 1951

Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), 23. mai 1969

EU-direktiv

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/95/EU af 13. december 2011 om fastsættelse af standarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som personer med international beskyttelse, for en ensartet status for flygtninge eller for personer, der er berettiget til subsidiær beskyttelse, og for indholdet af en sådan beskyttelse

Rettspraksis

Australia

Chan v Minister for Immigration and Ethnic affairs (MIEA) (1989) 169 CLR 379

Minister for Immigration and Ethnic affairs (MIEA) v Guo (1997) 191 CLR 559

Canada

Rajudeen v. MEI, (1984) 55 N.R. 129 (FCA)

Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1989] 2 F.C. 680 (C.A)

Ponniah v. MEI, (1991) 132 N.R. 32 (FCA)

Canada (A.G.) v. Ward (1993), 153 N.R. 321 (SCC)

Sivaraththinam v. CAN. (M.C.I.), [2014] F.T.R. UNED. 134 (FC)

EU-domstolen

Forenede sager C-175/08, C-176/08, C-178/08 og C-179/08 mod Bundesrepublik
Deutschland

Forenede sager C-71/11 og C-99/11 mod Forbundsrepublikken Tyskland

Norge

Rt. 2010 s. 858

Rt. 2012 s. 139

Rt. 2012 s. 494

HR-2017-569-A

Storbritannia

R v. Secretary of State for the Home Department; Ex parte Sivakumaran, [1987] 3 WLR 1047

Horvath v. Secretary of State For The Home Department [2000] UKHL 37

United Kingdom Supreme Court, *HJ (Iran) v Secretary of State for the Home Department*
[2011] AC 596

USA

US Supreme Court, *INS v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987)

Juridisk litteratur

Cox, Theodore N., *Well-founded fear of being persecuted: The Sources and Application of a
Criterion of Refugee Status*, 10 Brook. J. Int'l L. 333 (1984)

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

European Asylum Support Office og The International Association of Refugee Law Judges,
Qualification for international protection (Directive 2011/95/EU), A Judicial Analysis (2016)

Grahl-Madsen, Atle, *The Status of Refugees in International Law*, Vol. 1 Refugee Character
(Leiden 1966)

Goodwin-Gill, Guy S. og McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, 3rd edition
(Oxford 2007)

Hathaway, James C. og Foster, Michelle, *The Law of Refugee Status*, 2nd edition (Cambridge 2014)

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir, *Innføring i folkerett*, 5. utg. (Oslo 2018)

Skoghøy, Jens Edvin A., *Twisteløsning*, 3. utgave (Oslo 2017)

Øyen, Øyvind Dybvik, *Lærebok i utlendingsrett*, 2. utgave (Oslo 2018)

FN-resolusjoner og uttalelser fra FNs høykommissær for flyktninger

FN-resolusjon nr. 319 av 3. desember 1949

FN-resolusjon nr. 428 av 14. desember 1950

UNHCR, *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status*, reissued (Genève 2011)