



Norges Høyesterett  
Postboks 8016, Dep  
0030 Oslo

Oslo, 23.10.2023

Deres ref: 23-026128SIV-HRET

## **Skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser etter tvisteloven § 15-8 i ankesak for Høyesterett – 23-026128SIV-HRET**

Innlegget er utarbeidet av dr.jur. Terje Einarsen på oppdrag fra NOAS.\*

### **1. INNLEDNING**

(1) Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) er gjort kjent med Borgarting lagmannsrett dom av 10. januar 2023 i sak LB-2022-152712ASD-BORG/02, anken og anketilsvaret. Saken gjelder spørsmål om utelukkelse (eksklusjon) fra flyktningstatus. NOAS ønsker å inngi et skriftlig innlegg om enkelte sider av saken for Høyesterett.

(2) Etter tvisteloven § 15-8 første ledd kan foreninger og stiftelser innenfor rammen av deres formål og naturlige virkeområde gi skriftlige innlegg til å belyse allmenne interesser som en sak reiser. Det kan ikke være tvilsomt at ankesaken gjelder spørsmål som ligger innenfor NOAS' formål og naturlige virkeområde. NOAS ble etablert i 1984 og er en uavhengig ideell organisasjon som arbeider for respekt og rettssikkerhet for asylsøkere. NOAS' oppdrag er å forsvare og fremme asylinstituttet, og å sikre respekt og rettssikkerhet for den enkelte asylsøker. NOAS bygger sitt arbeid på FNs verdenserklæring om menneskerettighetene, FNs flyktningkonvensjon, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og andre relevante menneskerettighetsforpliktelser, herunder forbudet mot tortur, hensynet til barnets beste og hensynet til familiens enhet. NOAS har en formell samarbeidsavtale med FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) om utveksling av informasjon og bistand i flyktningrettslige spørsmål i Norge. NOAS' mål er å bidra til en asylpolitikk og asylpraksis forankret i humanisme, rettssikkerhet og internasjonale forpliktelser. I denne konkrete saken er NOAS' mål at Høyesterett tolker eksklusjonsbestemmelsene i samsvar med Flyktningkonvensjonen.

(3) Borgarting lagmannsrett dom av 10. januar 2023 i sak LB-2022-152712ASD-BORG/02 gjelder spørsmål om utelukkelse (eksklusjon) fra flyktningstatus etter utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen. Eksklusjonsgrunnlaget i saken er utlendingsloven § 31 første ledd

---

\* Innlegget er utarbeidet av dr. jur. Terje Einarsen på oppdrag fra NOAS. Einarsen er professor i rettsvitenskap ved UiB. Han representerte NOAS som partshjelper i HR-2017-569-A og UNHCR som partshjelper i HR-2021-203-A, to dommer som er omtalt i dette innlegget. Utkast til innlegg ble gjennomgått og godkjent av NOAS med enkelte endringer i samarbeid med Einarsen.

bokstav b, som gjennomfører Flyktningkonvensjonen artikkel 1 F bokstav b. Eksklusjon etter denne bestemmelsen i norsk rett vil være begrunnet i en alvorlig ikke-politiske forbrytelse begått av utlendingen utenfor Norge før han søkte asyl her. Saken reiser spørsmål om den nedre terskelen for medvirkning til en slik forbrytelse mot sivile mens ankemotparten var menig soldat i den syriske hæren under opprøret mot Assad-regimet i 2011.

(4) Saken for Høyesterett reiser et samfunnsaktuelt spørsmål om anvendelsesområdet for eksklusjon i relasjon til menige soldaters ansvar for handlinger utført som ledd i (tvungen) militærtjeneste for et brutalt regime. I dette tilfellet gjaldt det pågrepelse av sivile som i neste omgang – for manges del – ble utsatt for alvorlige handlinger som tortur, mishandling og/eller drap.

(5) Det ligger innenfor NOAS' formål å bidra til å sikre at norske forvaltningsmyndigheter og domstoler tolker og anvender Flyktningkonvensjonen korrekt. Innlegget er inngitt i rimelig tid forut for hovedforhandlingen. Vilkårene for å kunne inngi et skriftlig innlegg i saken er derfor oppfylt.

(6) Innlegget inneholder i det følgende tre deler. Første del (avsnitt 2) gir generelle synspunkter på traktatrettslig tolkning som presumtivt er relevant for Flyktningkonvensjonen. Annen del (avsnitt 3) gir en vurdering av Høyesteretts metodiske tilnærming til tolkning av Flyktningkonvensjonen i tidligere saker, hvor det reises spørsmål om det er behov for noen presiseringer eller justeringer for fremtiden. På enkelte punkter rettes det også en viss kritikk mot Høyesteretts metodiske tilnærming. Siste del (avsnitt 4) går noe nærmere inn på substansielle tolkningsspørsmål relatert til FK artikkel 1 F bokstav b.

## **2. FOLKERETTSLIG TOLKNING AV FLYKTNINGKONVENSJONEN – PRESISERING AV DE ALMINNELIGE UTGANGSPUNKTER**

(7) Flyktningkonvensjonen av 1951 og den etterfølgende protokollen av 1967 (heretter FK) er en sentral menneskerettslig traktat, en global FN-konvensjon med til sammen 149 statsparter. Den bygger på og gir folkerettslig innhold til den sivile menneskerettigheten til å søke og nyte godt av asyl, proklamert i Verdenserklæringen om menneskerettigheter av 1948 artikkel 14. Flyktningkonvensjonen har ingen tilhørende folkerettslig spesialdomstol, men FK artikkel 38 gir den internasjonale domstol (ICJ) obligatorisk jurisdiksjon dersom det oppstår uenighet mellom traktatparter til FK om dens tolkning eller anvendelse som ikke kan løses på annen måte. FNs Generalforsamling kan også henvise rettsspørsmål knyttet til FK for en rådgivende uttalelse. Så langt har det ikke vært noen slike saker for ICJ. FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) har en rådgivende funksjon når det gjelder rettsanvendelsen, jf. FK artikkel 35.

(8) Innholdet av Flyktningkonvensjonen (FK) må fastlegges etter folkerettens regler og prinsipper for traktatolking, jf. Wienkonvensjonen om traktatretten av 1969 (WK). Dette følger ikke bare av folkeretten, men også av Høyesteretts tilslutning til folkeretten om

traktattolkning ved tolkning og anvendelse av traktater i norsk rett, jf. senest plenumsdommen om tolkning av Svalbardtraktaten i HR-2023-491-P (*Snøkrabbe II*) avsnitt 100. Det er her vist til at WK artikkel 31 og artikkel 32 uttrykker folkerettslig sedvanerett og at disse reglene ifølge ICJ også skal anvendes ved tolkning av traktater som er eldre enn WK – slik tilfellet er med FK.

(9) At rettsanvendelsen i norsk rett skal samsvare med folkerettslig korrekt tolkning av FK på utlendingslovens område fremgår flere steder av lovens bestemmelser og forutsetninger i lovforarbeidene. Det vises her kort til lovens § 3 (sektormonisme) og Høyesteretts uttalelser i HR-2017-569-A,<sup>1</sup> som impliserer folkerettens prinsipielle forrang på lovens område når det er til gunst for utlendingen. Det samme fremgår av lovens mer spesifikke bestemmelser som gjennomfører FKs flyktningbegrep i norsk rett, jf. særlig § 28 om flyktningdefinisjonen, jf. §§ 29–30, § 31 første ledd om utelukkelse (eksklusjon) fra flyktningstatus og § 37 om opphør av flyktningstatus.<sup>2</sup>

(10) NOAS vil i avsnitt 3 se nærmere på hva Høyesterett har uttalt om tolkningsmetoden ved tolkning av FK, og spørre om det er grunnlag for enkelte presiseringer fra Høyesteretts side, blant annet i lys av hva som prinsipielt er uttalt om traktattolkning i *Snøkrabbe II*.

(11) NOAS vil først redegjøre for tolkningsprinsippene i WK, med utgangspunkt i Høyesteretts forklaring av disse prinsippene i *Snøkrabbe II*, siden det som der er sagt om de generelle utgangspunktene ved traktattolkning gir en pedagogisk strukturert og etter NOAS' vurdering riktig ramme også for tolkning av eksklusjonsbestemmelsene i FK.

(12) I *Snøkrabbe II* avsnitt 101–106 gjengir Høyesterett WK artikkel 31–32 i sin helhet med et par kommentarer relatert til den konkrete saken. Det sentrale utgangspunktet ved traktattolkning er angitt i WK artikkel 31 nr. 1 om tekst- og formålsbasert tolkning:

A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

Høyesterett presiser at traktatteksten tolket i overensstemmelse med ordenes vanlige betydning i den sammenheng de inngår i, og i lys av hva traktaten gjelder og dens formål, er «den sentrale tolkningsfaktoren» (avsnitt 109). Med ordenes vanlige betydning siktes det til den alminnelige språkforståelsen, herunder betydningen av folkerettslige begreper (avsnitt 109).

(13) Høyesterett understreket i *Snøkrabbe II* – med rette – at tolkningen skal være lojal («in good faith») ved at det skal velges det tolkningsresultat som stemmer best overens med

---

<sup>1</sup> I HR-2017-569-A avsnitt 38 uttalte Høyesterett: «Bestemmelsen [i utlendingsloven § 28 første ledd] følger opp inkorporasjonsbestemmelsen i § 3, som sier at utlendingsloven skal «anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling». Det er altså innført sektormonisme på utlendingsrettens område.»

<sup>2</sup> Se HR-2021-203-A avsnitt 40: «Utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e skal forstås på samme måte som konvensjonen artikkel 1 C nr. 5, se HR-2018-572-A avsnitt 27 med videre henvisning». I HR-2018-572-A avsnitt 27 er det vist til Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 105.

traktatpartenes felles intensjoner (avsnitt 109). «Good faith» er dessuten «uttrykk for at tolkningen må søke å realisere traktatens formål» (avsnitt 109). Det siste er etter NOAS' syn et viktig poeng i relasjon til en konvensjon som FK, som bygger på menneskerettighetene og tilslutning til FNs målsetting om å sikre videst mulig menneskerettslig vern for flyktninger – «to assure refugees the widest possible exercise of these fundamental rights and freedoms», jf. FKs fortale hvor traktatens gjenstand og formål er angitt.

(14) Samtidig påpekte Høyesterett i *Snøkrabbe II* avsnitt 184 at traktatens «gjenstand og formål er ikke selvstendige tolkningsmomenter som kan anvendes uavhengig av hva ordlyden tilsier – utgangspunktet må være at det er ordlyden som best gir uttrykk for partenes enighet». Gjenstand og formål «kan imidlertid klargjøre teksten og kaste lys over om partene har ment at den skal tolkes dynamisk, men disse tolkningsfaktorene kan ikke gi grunnlag for å fravike en klar ordlyd» (avsnitt 184). Slik NOAS oppfatter Høyesterett her, er spørsmålet om dynamisk tolkning ett eksempel på hvordan traktatens gjenstand og formål noen ganger kan kaste lys over hva traktatpartene har ment med de formuleringer og begreper som er benyttet i traktatteksten, men uansett innenfor den ramme som Høyesterett her trekker opp – og som NOAS er enig i.

(15) Høyesterett fremhever også – med tilslutning til ICJs praksis – at de nevnte elementene i artikkel 31 nr. 1 «inngår i en samlet og helhetlig tolkningsprosess» (*Snøkrabbe II* avsnitt 110). NOAS mener at også dette er en viktig og riktig presisering av det sentrale utgangspunktet, som også gjelder ved tolkning av FK, herunder for artikkel 1 F bokstav b. Noen tidligere høyesterettsdommer på flyktningrettens område synes å ha indikert en noe smalere tilnærming til dette utgangspunktet, se nærmere nedenfor avsnitt 3.

(16) NOAS vil videre peke på at WK artikkel 31 utgjør én generell tolkningsregel – «General rule of interpretation» – slik også Høyesterett tar utgangspunkt i, jf. *Snøkrabbe II* avsnitt 101. Det betyr at Artikkel 31 nr. 1 må ses i sammenheng med de elementene som fremgår av artikkel 31 nr. 2–4, i den grad en eller flere av disse er relevant for det aktuelle tolkningsspørsmålet. Det er også slik Høyesterett går frem i plenumsdommen, se avsnitt 103–105. I den saken fant Høyesterett at det ikke forelå noen avtale eller praksis av betydning som omtalt i WK artikkel 31 nr. 2 bokstav a og b eller i nr. 3 bokstav a og b. Det samme gjaldt for artikkel 31 nr. 4, om fortrinn for et spesielt meningsinnhold ved tolkning av ordlyden dersom det kan etableres at partene tilsiktet en slik spesiell forståelse som avviker fra vanlig språkbruk (jf. *Snøkrabbe II*, avsnitt 104, jf. avsnitt 105). Derimot pekte Høyesterett på at artikkel 31 nr. 3 bokstav c om at «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties» var relevant i saken, fordi den etterfølgende Havrettstraktaten var av betydning ved tolkningen av Svalbardtraktaten (avsnitt 103).

(17) I relasjon til FK artikkel 1 F foreligger det ingen tilsvarende etterfølgende traktat av like stor betydning for tolkningen, men andre menneskerettskonvensjoner kan være aktuelle å legge vekt på i enkelte tolkningsspørsmål. Innenfor EU-retten foreligger et EU-direktiv om status for flyktninger og personer som er berettiget til subsidiær beskyttelse av 13. desember

2011.<sup>3</sup> Artikkel 12 nr. 2 gjenforteller innholdet i FK artikkel 1 F, etterfulgt av en fortolkende uttalelse om to rettsspørsmål som ikke er relevant i herværende sak.

(18) Praksis fra en domstol som EMD kan også være relevant for enkelte spørsmål som har en parallell i FK, men EMK har for det første ingen bestemmelser om utelukkelse fra flyktningrettslig vern. For det andre har det vernet som er blitt utviklet i relasjon til frihet fra tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling under særlig EMK artikkel 3, som setter skranke for utlevering, utvisning og retur i medhold av folkerettens grunnleggende non-refoulement prinsipp, av EMD blitt ansett som et *absolutt* hinder for utsendelse til et ethvert land hvor vedkommende person løper en reell risiko for slik behandling eller å bli videresendt til et annet land hvor slik behandling risikeres.<sup>4</sup> Det foreligger derfor ikke eksklusjonspraksis fra EMD. Praksis fra internasjonale straffedomstoler kan også være relevant i relasjon FK artikkel 1 F fordi denne bestemmelsen dels bygger direkte på folkerettslige straffenormer – jf. begreper som «war crimes» og «crimes against humanity», og indirekte når det gjelder spørsmål om ansvar for ulike former for straffbar medvirkning, jf. begrepene «has committed a crime» i FK artikkel 1 F bokstav a, «has committed a serious non-political crime» i bokstav b og «has been guilty of acts» i bokstav c, se nærmere avsnitt 4.

(19) I tillegg foreligger det publisert intern nasjonal praksis fra flere land om anvendelsen av eksklusjonsbestemmelsene i FK artikkel 1 F, herunder om medvirkningsbegrepet i relasjon til artikkel 1 F bokstav b. Slik NOAS er kjent med mer nasjonal praksis, blant annet gjennom et dokument fra IGC som staten har fremlagt i saken, kan denne praksis neppe sies å kvalifisere til «subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation» (kursivert her), jf. WK artikkel 31 nr. 3 bokstav b. Det er ikke enkelt å etablere enighet mellom statspartene til en global, multilateral konvensjon som FK. Men en noenlunde enhetlig statspraksis om anvendelsen av FK i medlemsstater med publiserte eksklusjonssaker kan etter NOAS' folkerettslige vurdering likevel få rettskildemessig betydning innenfor rammen av WK artikkel 32, som et supplerende tolkningsmiddel (se nærmere neste punkt).

(20) I *Snøkrabbe II* avsnitt 106 fremholder Høyesterett at WK artikkel 32 gir regler om supplerende tolkningsmidler til støtte for det tolkningsresultatet som følger av anvendelsen av artikkel 31 (første alternativ), eller «til bruk» når tolkningen etter artikkel 31 fører til et tvetydig eller uklart resultat (annet alternativ) eller til et resultat som er åpenbart meningsløst («absurd») eller urimelig (tredje alternativ). NOAS vil til dette bemerke at de faktiske formuleringene i WK artikkel 32 under annet og tredje alternativ ikke naturlig kan oversettes som «til bruk» slik Høyesterett her gjør, men snarere bør oversettes «til å bekrefte» («to confirm the meaning») og «til å bestemme» meningen» («to determine the meaning») av den bestemmelse som skal tolkes, i det siste tilfellet når meningen typisk fremstår som uklar («ambiguos») etter anvendelsen av artikkel 31. I omstridte tolkningsspørsmål kan det siste være tilfellet nokså ofte, nemlig hvis argumentene for og imot et bestemt tolkningsresultat spriker fordi hva som følger

<sup>3</sup> <https://www.refworld.org/docid/4f197df02.html>

<sup>4</sup> Se for eksempel storkammerdommen EMD, *Ilias og Ahmed mot Ungarn*, dom av 21 november 2019.

av elementene i artikkel 31 trekker i ulik retning eller at det er saklig uenighet om hvordan noen av elementene konkret skal tolkes. Derfor bør man etter NOAS' syn ikke undervurdere de rettskildene som kan forankres i WK artikkel 32 nettopp for de folkerettslige tolknings spørsmål som Høyesterett blir bedt om å avklare.

(21) Høyesterett gir i *Snøkrabbe II* kun ett eksempel på en rettskilde som eksplisitt faller innenfor rammen av WK artikkel 32, nemlig traktatens forarbeider og omstendighetene ved traktatinngåelsen – altså forarbeidene i vid forstand (avsnitt 107). Det er en prinsipielt viktig påpekning i relasjon til en konvensjon som FK, fordi særlig noen av konvensjonens bestemmelser som FK artikkel 1 til dels har omfattende traktatforarbeider. Et problem med å anvende forarbeidene i tolkningen er likevel at de ikke foreligger i en slik form som norske lovforarbeider, og derfor kan være vanskeligere å analysere på en betryggende måte.<sup>5</sup>

(22) Det følger av begrepet «including» i WK artikkel 32 at selv om kun traktatforarbeidene er eksplisitt fremhevet – «including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion» – vil også *andre rettskilder enn forarbeidene* etter omstendighetene kunne være supplerende tolkningsmidler. I *Snøkrabbe II* nevner Høyesterett spesielt at «rettsavgjørelser og uttalelser av anerkjente folkerettsforfattere er sekundære tolkningsfaktorer ifølge ICJs statutter artikkel 38 nr. 1 bokstav d når folkerettens regler skal forstås, altså tolkes (avsnitt 108). Slik NOAS forstår folkeretten og Høyesteretts uttalelse her, ligger det ingen motsetning eller konflikt i at disse rettskildefaktorene både faller innenfor nevnte artikkel 38 nr. 1 bokstav d som relevante tolkningsmidler i relasjon til både traktater, folkerettslig sedvanerett og anerkjente folkerettslige prinsipper, og etter WK artikkel 32 kan være relevante ved tolkning av traktater. Det er snarere tale om et dobbelt grunnlag for relevansen av viktige rettsavgjørelser og anerkjent faglitteratur på de vilkår som er stilt opp, og som overlapper hverandre.

(23) Et annet eksempel på en viktig rettskilde som faller innenfor WK artikkel 32, er uttalelser om tolkning og anvendelse av FK fra FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR) i publiserte dokumenter. Slike dokumenter omfatter UNHCRs håndbok om prosedyrer og kriterier for å bestemme flyktningers rettsstilling (som har vært nærmest uforandret siden første utgave i 1979, sist publisert i 2019),<sup>6</sup> dokumentserien «UNHCR Guidelines on International Protection»,<sup>7</sup> publiserte skriftlige innlegg (*Amicus curiae*) for nasjonale domstoler og for internasjonale domstoler som EMD og EU-domstolen,<sup>8</sup> men også en del andre dokumenter

---

<sup>5</sup> En folkerettslig fremstilling som la vekt på en kronologisk og helhetlig analyse av traktatforarbeidene i relasjon til FKs flyktningbegrep, særlig flyktningdefinisjonen i FK artikkel 1 A (2), er Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning. Med hovedvekt på FNs flyktningbegrep – de historiske traktatforutsetninger og gjeldende rett*, Cicero Publisher, Bergen 2000. Vektleggingen av forarbeidene er fulgt opp i systematisk form for alle FKs bestemmelser i Andreas Zimmermann (ed.), *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, Oxford University Press 2011 (andre utgave ved Andreas Zimmermann og Terje Einarsen (red.), OUP 2023/2024).

<sup>6</sup> <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>

<sup>7</sup> <https://www.unhcr.org/publications/unhcr-guidelines-international-protection-consultation-process>

<sup>8</sup> <https://www.refworld.org/type/AMICUS.html>

hvor UNHCR har drøftet tolkningen av FKs bestemmelser.<sup>9</sup> Begrunnelsen for at slike dokumenter kan vektlegges innenfor rammen av WK artikkel 32, er at statene gjennom FK, og FNs generalforsamling i form av UNHCR's statutter, har gitt UNHCR en traktatfestet og FN-basert rett og plikt til å veilede statspartene om hva som er folkerettslig korrekt anvendelse av bestemmelsene i FK, jf. FK artikkel 35, jf. også UNHCRs statutter paragraf 8 bokstav a.

(24) UNHCRs tolkninger er ikke som sådan direkte rettslig bindende for en statspart til FK. Statens organer vil derfor etter omstendighetene kunne forsvare en annen fortolkning, basert på FKs rettskilder innenfor rammen av WK artikkel 31–32. Samtidig er FK artikkel 35 en del av den samlede traktatrettslige konteksten når de substansielle bestemmelsene i FK artikkel 1–34 skal tolkes.<sup>10</sup> UNHCRs tolkning kan derfor muligens tillegges vekt allerede innenfor rammen av WK artikkel 31 nr. 1. Det vil i så få fall underbygge at UNHCRs tolkninger må tillegges stor vekt.

(25) Uansett vil UNHCRs veiledning om tolkning og anvendelse av FK kunne tillegges vekt innenfor rammen av WK artikkel 32 når tolkningen i medhold av WK artikkel 31 kan fremstå som tvetydig eller uklar. Formålet med FK artikkel 35, å anspore til en felles enhetlig og korrekt tolkning og anvendelse av FKs bestemmelser blant statspartene, må etter NOAS's syn vektlegges lojalt så lenge UNHCR selv opptrer lojalt mot FK i sitt juridiske arbeid. Det tilsier at UNHCRs veiledning om tolkning og anvendelse regelmessig må tillegges stor vekt i rettsanvendelsen.

(26) Det er i denne sammenheng relevant at ICJ i den flyktningrelaterte *Diallo-saken*, som gjaldt tolkning av bestemmelser i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP), uttalte følgende om vekten av *Menneskerettskomiteens* tolkning av SP:

Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled.<sup>11</sup>

På samme måte som Menneskerettskomiteen ble etablert som et uavhengig organ under SP for å veilede statspartene til SP om enhetlige tolkning og anvendelse av SPs bestemmelser i nasjonal rett, jf. sitatet fra ICJ, er UNHCRs oppgave under FK (jf. artikkel 35 nr. 1) som et

---

<sup>9</sup> Se for eksempel UNHCR, Background Note on the Application of the Exclusion Clauses, 4. september 2003: <https://www.refworld.org/docid/3f5857d24.html>

<sup>10</sup> Dette følger direkte av WK artikkel 31 nr. 2, hvor konteksten blant annet er definert med referanse til traktatens «text», som innbefatter alle traktatens bestemmelser, mens andre deler av traktaten *også* inngår i traktatens «context», slik som fortalen («its preamble») og særskilte tillegg («annexes»).

<sup>11</sup> ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo*, Judgment 30. November 2010, avsnitt 66.

uavhengig FN-organ å veilede statspartene til FK med sikte på å oppnå en korrekt, enhetlig (felles) tolkning og anvendelse av FK i nasjonal rett.

(27) Noen ytterligere momenter som ICJ viste til, er også et godt stykke på vei treffende for UNHCR:

Since it was created, the Human Rights Committee has built up a considerable body of interpretative case law, in particular through its findings in response to the individual communications which may be submitted to it in respect of States parties to the first Optional Protocol, and in the form of its “General Comments”.<sup>12</sup>

Også UNHCR har gjennom årene bygget opp en betydelig mengde med fortolkende uttalelser, særlig om FK artikkel 1, jf. foran i dette innlegget pkt. 23 om de ulike dokumenter. Selv om UNHCR ikke er et klageorgan slik som Menneskerettskomiteen, vurderer UNHCR likevel mange personer for flyktningstatus hvert år i samarbeid med stater i forbindelse med repatrieringsprogram. I tillegg har UNHCR avgitt skriftlige og muntlige *amicus curiae* uttalelser om rettsanvendelsen i saker for nasjonale og internasjonale domstoler. UNHCRs fortolkende uttalelser<sup>13</sup> er kommet i stand gjennom grundige prosesser, som alltid innbefatter folkerettsjuristene i UNHCRs rettsavdeling i Genève. Selv om det ikke er noe krav etter FK artikkel 35, gjennomfører UNHCR også konsultasjonsprosesser med statspartene. Når det gjelder *amicus curiae* intervensjoner, er det siste lite praktisk. UNHCRs Executive Committee,<sup>14</sup> hvor mange stater er representert, klaggjorde imidlertid allerede for 20 år siden at slike intervensjoner har generell godkjenning og er et viktig verktøy for å fremme en korrekt felles fortolkning av FK både folkerettslig og på nasjonalt plan:

*amicus curiae* briefs and court submissions represent valuable tools to promote the proper interpretation of national and international law.<sup>15</sup>

Det har naturligvis også betydning at UNHCR intenderer en folkerettslig korrekt tilnærming til rettsanvendelsen i samsvar med WK.<sup>16</sup> Så selv om ICJ heller ikke vil være *bundet* av UNHCRs uttalelser, er det grunn til å tro at ICJ som utgangspunkt også vil tillegge UNHCRs tolkninger *stor vekt* («great weight», jf. pkt. 26 foran i dette innlegget om ICJs uttalelse i *Diallo*-saken), i en fremtidig sak for ICJ om tolkningen av FK. I vurderingen her vil ICJ antakelig hensynta

---

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Jf. også foran i dette innlegget pkt. 23.

<sup>14</sup> <https://www.unhcr.org/executive-committee>

<sup>15</sup> Executive Committee of the High Commissioner's Programme, 54th Session (2003), Note on International Protection, 2 July 2003, A/AC.96/975: [www.refworld.org/docid/3f1feb6d4.html](http://www.refworld.org/docid/3f1feb6d4.html).

<sup>16</sup> Jf. for eksempel UNHCR, *Amicus curiae*, publisert 14. februar 2017 (i anledning saken i HR-2017-569-A), avsnitt 15–17, se <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=58ee206a4>; *Amicus curiae*, publisert 16. desember 2020 (i anledning saken i HR-2021-203-A), avsnitt 16, se <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=602b9c934&skip=0&query=Amicus&coi=NOR>



hvor godt UNHCRs tolkningsstandpunkt fremstår, slik ICJ vurderer andre spesialiserte organer,<sup>17</sup> og normalt konkludere med at det fremstår som traktatrettslig velbegrunnet.

(28) Domstoler i mange land, inklusive de øverste domstoler i Storbritannia, Canada og USA, har uttalt seg om vekten av UNHCRs veiledning i samme retning.<sup>18</sup> UNHCRs veiledning også er anerkjent på internasjonalt nivå, for eksempel av EMD i en rekke saker og innenfor EU-retten.<sup>19</sup> I avsnitt 3 nedenfor vil NOAS se nærmere på hvordan UNHCRs tolkninger har vært vektlagt av Høyesterett og om det kan være behov for presiseringer på dette punktet.

(29) En ytterligere rettskilde som i prinsippet omfattes av WK artikkel 32 på flyktningrettens område, er EU-rett som omhandler det aktuelle rettsspørsmålet (jf. foran pkt. 17 i dette innlegget om EUs statusdirektiv artikkel 12 nr. 2). EUs traktater, reguleringer og direktiver utgjør ikke en etterfølgende avtale mellom statspartene til FK («subsequent agreement between the parties») om tolkning eller anvendelse av FKs bestemmelser («regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions»), jf. WK artikkel 31 nr. 3 bokstav a. Traktatpartene betyr i denne forbindelse alle traktatpartene, ikke bare noen av dem. WK stiller dessuten opp klare betingelser og et smalt rom for at noen av traktatpartene seg i mellom – *inter se* – kan avtale modifikasjoner av forpliktelsene under en multilateral traktat, jf. WK artikkel 41. Vilkårene er åpenbart ikke oppfylt når det gjelder forholdet mellom FK og EU-retten. Det mest aktuelle alternativet, innenfor rammen av WK artikkel 32, er at relevant EU-rett kan *bekreft*e («confirm») den tolkning som allerede følger av tolkning i medhold av WK artikkel 31. Slik synes også Høyesterett å ha anvendt EU-retten ved tolkning av ulike deler av FK artikkel 1.<sup>20</sup>

(30) Avslutningsvis i denne generelle delen vil NOAS ta opp et annet prinsipielt spørsmål som Høyesterett drøftet i *Snøkrabbe II*. Det gjelder spørsmålet om hvorvidt traktatrettslige begreper eller uttrykk «kan tolkes dynamisk» (avsnitt 120), i tråd med rettsutviklingen og samfunnsutviklingen (jf. avsnitt 117). Dette er etter NOAS' vurdering et viktig spørsmål i relasjon til en 72 år gammel konvensjon som FK.

(31) Høyesterett drøfter spørsmålet relativt grundig i avsnitt 116–122 (*Snøkrabbe II*) med henvisninger til ICJs rettspraksis, med utgangspunkt i at «innholdet av teksten skal fastlegges på grunnlag av den betydningen ordene hadde på den tid da traktaten ble inngått, fordi det er dette som er det nærmeste uttrykket for hva som var partenes felles forståelse av traktatens innhold». Høyesterett viser i avsnitt 116 til ICJs dom av 13. juli 2009 *Costa Rica mot Nicaragua* avsnitt 63. Dette utgangspunktet er NOAS enig i som korrekt traktatrett. NOAS vil her påpeke

---

<sup>17</sup> Jf. Danae Azaria, 'The Legal Significance of Expert Treaty Bodies Pronouncements for the Purpose of the Interpretation of Treaties', *International Community Law Review*, Vol 2, Issue 1, 33, 2020, side 44.

<sup>18</sup> Se *Amicus curiae*, publisert 16. desember 2020 (foran note 16), avsnitt 2.

<sup>19</sup> Se for eksempel *ibid.*, avsnitt 34.

<sup>20</sup> Se for eksempel HR-2017-569-A avsnitt 56–60; HR-2018-572-A avsnitt 29 og avsnitt 42–43; HR-2021-203-A avsnitt 55.

at forarbeidene til FK i den mer gjennomgripende flyktningrettslige litteraturen har lagt økende vekt på å undersøke og drøfte implikasjonene av traktatforutsetningene i FKs forarbeider.<sup>21</sup>

(32) I *Snøkrabbe II* avsnitt 120 peker Høyesterett på at det har betydning for spørsmålet om *dynamisk tolkning* om traktaten gjelder uten tidsbegrensning. Det siste er ikke tilfellet for en global multilateral konvensjon som FK. NOAS mener at det muligens også kan ha noe å si om traktaten er åpen for nye statsparter og om traktaten har fått mange nye statsparter siden den ble etablert, slik tilfellet er for FK. NOAS er imidlertid enig med Høyesterett i hovedprinsippene for dynamisk tolkning, som beskrevet i *Snøkrabbe II* avsnitt 121: For det første må en slik utviklingsorientert tolkning «følge av den ordinære tolkningsprosessen etter WK artikkel 31 og artikkel 32». Dette forstår NOAS slik at de relevante tolkningsfaktorene der *konkret* må gi rom for å legge vekt på rettsutvikling eller samfunnsutvikling, med vekt på at en dynamisk tolkning må kunne forankres i den forståelse partene hadde eller må antas å ha hatt da traktaten ble inngått. Etter NOAS' syn kan det også være rom for dynamisk tolkning selv om det kan være vanskelig å trekke helt sikre slutninger om hva statspartene mente om dette spørsmålet ved traktatinngåelsen, typisk fordi spørsmålet ikke ble diskutert i traktatforarbeidene. Det kan for eksempel likevel trekkes slutninger fra de uttrykk og begreper som er brukt. Men NOAS er under enhver omstendighet enig med Høyesterett i at «ordlyden [vil] sette rammer for hvor dynamisk den [traktaten] kan tolkes».

(33) NOAS vil spesielt peke på at flere av begrepene som er benyttet i FK har et vidt innhold. De må tolkes og spesifiseres. De kan derfor gi rom for å hensynta rettsutviklingen i folkeretten eller samfunnsutviklingen. Noen av begrepene er brukt til å knytte bestemmelsene i FK sammen med andre deler av folkeretten, som menneskerettighetene, minstestandarder for behandling av flyktninger på linje med andre utlendinger, harmonisere forholdet til folkerettslig strafferett og hensynta legitime behov for nasjonal og transnasjonal kriminalitetsbekjempelse – områder og spørsmål som har en viss iboende dynamisk rettslig karakter. Alt dette betyr at FK på flere områder kan oppfylle de kriteriene for dynamisk tolkning som er oppstilt av Høyesterett i *Snøkrabbe II*.

### **3. UTTALELSER OM TOLKNING AV FLYKTNINGKONVENSJONEN I TIDLIGERE HØYESTERETTSDOMMER – BEHOV FOR YTTERLIGERE METODISKE PRESISERINGER FRA HØYESTERETT**

(34) Hvilket *overordnet* metodisk utgangspunkt som gjelder ved tolkning av konvensjoner med betydning i norsk asyl- og utlendingsrett har vært omstridt. Spørsmålet fikk en avklaring gjennom dommen i HR-2010-1130-A, som gjaldt tolkning av FK artikkel 1 C nr. 5 om opphør av flyktningstatus, jf. utlendingsloven § 37. For Høyesterett hevdet staten – under henvisning

---

<sup>21</sup> Se foran note 5. Også i andre større flyktningrettslige fremstillinger har forarbeidene til FK gradvis fått større plass, sml. for eksempel første og andre utgave av Hathaway's bok fra 1991 og 2014, jf. James C. Hathaway og Michelle Foster, *The Law of Refugee Status*, Second Edition, Cambridge 2014.

til Rt. 1991 s. 586 (Abdi-saken) – at det i tvilstilfeller bør bygges på den tolkningen forvaltningen har lagt til grunn i saken, mens motparten mente at det bør velges en tolkning som helt sikkert ikke krenker konvensjonen. Høyesterett var ikke enig i noen av disse synspunktene (avsnitt 37):

Et tolknings spørsmål som det foreliggende må domstolene avgjøre på selvstendig og uavhengig grunnlag, basert på gjeldende prinsipper for tolkning av traktater.

NOAS er enig med Høyesterett i dette overordnede metodiske utgangspunktet.

(35) Spørsmålet kom opp igjen i en litt annen form i HR-2017-569-A, hvor staten anførte «at statene har folkerettslig adgang til å regulere [...] tilfeller [...] i randsonen av konvensjonens flyktningbegrep» (avsnitt 29). Dette var et forsøk på omkamp om den foran nevnte avklaringen i HR-2010-1130-A. Høyesterett bekreftet imidlertid at «flyktningkonvensjonen skal tolkes etter prinsippene i Wien-konvensjonen av 23. mai 1969» (HR-2017-569-A avsnitt 44). NOAS mener at dette må forstås som en presisering som på prinsipielt grunnlag ikke godtok statens anførsel. NOAS vil bemerke at WK artikkel 31–32 ikke inneholder noen slik reservasjon som staten her anførte. Hva som ligger innenfor eller utenfor en bestemmelse i FK eller en annen traktat, må avgjøres konkret ut fra de relevante rettskildene, slik de felles tolkningsprinsippene i WK gir anvisning på. Det er i tilfelle en internasjonal domstol som eventuelt kan akseptere å gi en statspart en viss skjønnsmargin i *sin* prøvingsvirksomhet, noe som normalt vil kreve spesielle traktatrettslige og institusjonelle forutsetninger som ikke gjelder for traktater flest og heller ikke for FK. Dersom det hadde vært etablert en internasjonal spesialdomstol for klagesaker under FK, slik som tilfellet er for EMD under EMK, kunne dette spørsmålet vært mer aktuelt.

(36) Høyesterett er i HR-2017-569-A likevel ikke helt tydelig i sitt svar på statens anførsel når premissene i denne dommen vurderes samlet. Høyesterett legger her på den ene side vekt på at regelen om subjektiv *sur place* i utlendingslovens 28 fjerde ledd, om flyktningstatus på grunn av søkerens egne handlinger i tilfluktslandet, ikke var ment å skulle tolkes snevrere enn hva som følger av FK artikkel 1 A (2) (avsnitt 40).<sup>22</sup> Samtidig legges det i premissene vekt på tidligere *norsk rettspraksis* (avsnitt 52–53) og tolkning av *norske lovforarbeider* (avsnitt 54–55, jf. også avsnitt 67) i forståelsen av *FKs innhold og rekkevidde* i relasjon til subjektiv *sur place*. Når slike rent interne nasjonale kilder vektlegges ved tolkning av den folkerettslige normen, betyr det at det skjer en sammenblanding av det som er prøvingsgjenstanden (en norsk lov eller praksis) og den folkerettslige norm (FK) som det skal prøves mot. Det er ikke metodisk holdbart. I realiteten ble norske myndigheter gitt adgang til å «endre» innholdet i den folkerettslige normer gjennom rettskilder som etter korrekt metode ikke har noen vekt, eller kun svært begrenset vekt og da kun som ledd i en eventuell felles nasjonal praksis blant statspartene.

---

<sup>22</sup> «Forarbeidene til § 3 og § 28 viser at lovgiver med dette ikke mente å snevre inn flyktningbegrepet i forhold til det som følger av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A.»

(37) Etter NOAS syn var det folkerettslig sett en feil at Høyesterett i HR-2017-569-A inkluderte interne norske rettskilder som ikke har noen plass i folkerettslig traktatfortolkning i samsvar med WK artikkel 31–32. Den samme tvetydigheten, eller feilen, kom til uttrykk i HR-2017-2078-A (dissens 4–1) om tolkning av FK artikkel 28 om flyktnings rett til reisebevis. Her la Høyesterett vekt på *den norske passloven § 3* ved traktatolkningen (avsnitt 77), noe som den dissenterende dommeren mente man «må være forsiktig med» siden «konvensjoner er autonome» (avsnitt 128).

(38) NOAS mener at det er den dissenterende dommer i HR-2017-2078-A som ga uttrykk for en korrekt metodisk tilnærming til tolkning av FKs ordlyd og begreper. NOAS mener at dette standpunktet også er i best samsvar med Høyesteretts prinsipper for traktatolkning i *Snøkrabbe II* (HR-2023-491-P). Riktignok er ikke spørsmålet om betydningen av spesifikke interne norske rettskilder eksplisitt drøftet der. Men i Høyesteretts grundige behandling av de rettslige utgangspunkter for traktatolkning i *Snøkrabbe II*, legger Høyesterett seg tett opp til reglene i WK artikkel 31–32, som ikke gir rom for å vektlegge en enkelt stats interne rettskilder ved traktatolkningen. Det kan også vises til WK artikkel 27, hvor det fremgår at en stat ikke kan påberope seg intern rett som grunnlag for å fravike en traktatrettslig forpliktelse. Etter NOAS' syn samsvarer derfor mindretallets metodiske bemerkning i HR-2017-2078-A med *Snøkrabbe II*s metodiske del. I hvert fall er det i samsvar med Høyesteretts samlede prinsipielle betraktninger i denne plenumsdommen.

(39) NOAS understreker for ordens skyld at forsiktighet med interne rettskilder ikke gjelder interne (norske) kilder som vil kunne kaste lys over de felles traktatforutsetningen da traktaten ble inngått. Slike nasjonale kilder kan være relevante også i relasjon til tolkning av FK.<sup>23</sup> Men det var ikke det som var situasjonen i HR-2017-569-A og HR-2017-2078-A. NOAS ser imidlertid som nevnt at norsk tolkningspraksis kan utgjøre en mindre faktor i bildet når det søkes etablert om det foreligger en felles konsistent praksis i statspartenes interne rett, jf. WK artikkel 31 nr. 3 bokstav b, eventuelt innenfor rammen av WK artikkel 32.

(40) Slik NOAS ser det, er det viktig at Høyesterett tydeliggjør at norske interne rettskilder ellers ikke alene skal tillegges vekt ved traktatolkningen. Det må i tilfelle kun være fordi det folkerettslige *raisonnementet* som fremgår av en slik kilde, basert på de relevante kilder innenfor rammen av WK artikkel 31–32, fremstår som særlig *overbevisende*. Etter NOAS' oppfatning vil det måtte bety at vektlegging av interne norske kilder slik som for eksempel i HR-2017-569-A og HR-2017-2078-A, heretter må tones klart ned ved tolkingen av FK.

(41) Når det spesifikt gjelder traktatordlydens og traktatformålets betydning, viser NOAS til drøftelsen foran i lys av plenumsdommen i *Snøkrabbe II*, jf. avsnitt 2 foran i dette innlegget, pkt. 12–15. Traktaten skal tolkes i samsvar med ordenes vanlige betydning i den sammenheng de inngår i og i lys av traktatens gjenstand og formål. Det er «den sentrale tolkningsfaktoren»

---

<sup>23</sup> Se for eksempel drøftelsen i *Einarsen 2000* side 211-213 (foran note 5), om den interne norske sluttrapporten fra den avsluttende diplomatiske konferansen der FK ble endelig utarbeidet og vedtatt.

(*Snøkrabbe II*, avsnitt 109). At noe er den sentrale tolkningsfaktoren, er etter NOAS' syn likevel ikke helt det samme som at «ordlyd og formålsbetraktninger bare unntaksvis [kan] tenkes å måtte vike for andre rettskilder», se uttalelsen i HR-2010-1130-A avsnitt 43. Der mente Høyesterett riktignok at ordlyd og formål klart trakk i en bestemt retning. Men uttalelsen ble fulgt opp og forsterket i HR-2017-569-A avsnitt 44, hvor det ble bemerket at «andre kilder *vil ha begrenset plass* ved tolkningen» (kursivering tilføyet), altså utover «den naturlige forståelsen av ordlyden, lest i den sammenheng den inngår og i lys av konvensjonens formål, jf. Rt-2012-494 avsnitt 33».

(42) NOAS mener at Høyesterett i de uttalelsene har hatt en for smal metodisk inngang til tolkningsprosessen. For det første er det ikke alltid like klart hva som følger av ordlyden, konteksten og formålet lojalt fortolket. Det kan være rom for saklig uenighet også om hva som følger av ordlyden, konteksten og/eller formålet. For eksempel hadde UNHCR en annen oppfatning av hva disse tolkningsfaktorene tilsa i HR-2017-569-A, jf. antydningen i dommens avsnitt 21, men se enda klarere i UNHCR sine skriftlige innlegg (*Amicus curiae*) for Høyesterett. UNHCR pekte på at ordlyden, konteksten og formålet trakk i *motsatt* retning av hva HR mente om de samme faktorer.<sup>24</sup> For det andre er den prinsipale tolkningsregel i WK artikkel 31 utformet slik at den også innbefatter artikkel 31 nr. 2–4, jf. foran i dette innlegget pkt. 15–16 med henvisninger til *Snøkrabbe II*.

(43) Det kan etter NOAS' syn med fordel bli presisert at det er traktatens språk i de offisielle (autentiske) språkversjoner av vedkommende traktat som skal legges til grunn ved tolkningen, jf. WK artikkel 33. Hvilket eller hvilke språk dette er, vil normalt fremgå av traktaten selv. I relasjon til FK er det kun to autentiske språk; engelsk og fransk, jf. FK art. 46 *in fine*. En norsk mer eller mindre presis *oversettelse* av FKs bestemmelser bør derfor ikke brukes ved tolkning av omstridte tolkningsspørsmål i domstolene – særlig ikke for Høyesterett når spørsmålet skal avgjøres med prejudikatvirkning for norske rettsanvendere. Se til illustrasjon dommen i HR-2014-1323-A, hvor NOAS var partshjelper for Høyesterett i en straffesak. En asylsøker var her blitt uriktig dømt i tingretten og lagmannsretten for overtredelse av straffeloven § 182, fordi straffrihetsregelen i FK artikkel 31 nr. 1 ble misforstått fordi det var brukt en uheldig norsk oversettelse av begrepet «without delay», istedenfor traktatens autentiske ordlyd.

(44) NOAS har merket seg Høyesteretts kommentar i *Snøkrabbe II* avsnitt 122 til en bestemt del av uttalelsen i HR-2017-569-A (avsnitt 44). Der uttalte Høyesterett at «det er lite rom for dynamisk fortolkning» ved tolkning av flyktningdefinisjonen i FK artikkel 1 A (2) siden FK skulle «tolkes etter prinsippene i Wien-konvensjonen» og fordi det «går fram av artikkel 31 og artikkel 32 i konvensjonen at andre kilder vil ha begrenset plass ved tolkningen». I *Snøkrabbe II* avsnitt 122 bemerket Høyesterett nettopp at «denne kortfattede uttalelsen [må] nyanseres og utdypes», slik Høyesterett i plenum gjorde på *generell* basis i *Snøkrabbe II* avsnitt 116–121. NOAS mener at Høyesterett bør foreta en tilsvarende presisering i relasjon til tolkning av

---

<sup>24</sup> Jf. UNHCR, *Amicus curiae*, publisert 14. februar 2017, avsnitt 30–33, se <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=58ee206a4>

ordlyd og begreper i FK som gir rom for dynamisk tolkning innenfor den rammen som følger av reglene i WK og som Høyesterett nå har påpekt i *Snøkrabbe II*.

(45) En av kildene som har en viss dynamisk karakter er UNHCRs fortolkende uttalelser, jf. foran avsnitt 2. Grunnen er at UNHCR bygger på prinsippene for traktattolkning i WK artikkel 31–32. UNHCR tar derfor ikke bare hensyn til FKs ordlyd, kontekst og formål, og forarbeider, men ser også hen til rettsutviklingen i folkeretten, for eksempel når det gjelder traktater som har kommet til etter FKs tilblivelse, og relevant rettspraksis om anvendelse av FK. I hovedsak har UNHCRs tolkninger av FK etter NOAS' vurdering likevel ligget fast over mange år.

(46) Utlendingslovens forarbeider legger til grunn at UNHCRs anbefalinger skal «veie tungt ved norske myndigheters tolkning av flyktningkonvensjonen».<sup>25</sup> Høyesterett har konsistent formulert seg i samme retning, for eksempel at UNHCRs håndbok og øvrige uttalelser generelt bør tillegges «atskillig vekt», jf. HR-2010-1130-A avsnitt 44-45. I HR-2021-203-A avsnitt 52, med henvisning til HR-2020-2408-A, sies det at uttalelser fra UNHCR «skal veie tungt». Samtidig har Høyesterett flere ganger uttalt at UNHCRs syn ikke behøver å være avgjørende, jf. HR-2017-569-A avsnitt 67 og HR-2020-2408-A avsnitt 58. Det siste er metodisk uangripelig, men det NOAS opplever som problematisk er at Høyesterett i praksis ikke synes å legge særlig vekt på UNHCRs uttalelser hvis de ikke passer med hva Høyesterett uansett ville ha kommet til.

(47) Det finnes riktignok enkelte tilfeller hvor Høyesterett har konkludert i favør av individet i flyktningrelaterte saker etter gjeldende utlendingslov, jf. straffesaken i HR-2014-1323-A om straffrihetsregelen i FK artikkel 31 og dommen i HR-2018-572-A om vilkårene for opphør av flyktningstatus etter FK artikkel 1 C nr. 5. I begge disse sakene ble generelle uttalelser fra UNHCR vektlagt som momenter til støtte for konklusjonen.<sup>26</sup> Men det er flere eksempler på at UNHCRs dokumenter har trukket i én retning i et rettsanvendelsesspørsmål, mens Høyesterett har konkludert motsatt,<sup>27</sup> eventuelt fordi Høyesterett har tolket et sentralt UNHCR-dokument stikk i strid med UNHCRs forståelse av sitt eget dokument, slik som i Farida-saken om hvorvidt FK artikkel 1 C nr. 5 gir adgang til henvisning til internflukt i opphørsvurderingen.<sup>28</sup> <sup>29</sup> Der gikk Høyesterett imot klare råd fra UNHCR i et svært prinsipielt tolkningsspørsmål med direkte virkning også for anvendelsen av FK artikkel 33 (*non-*

---

<sup>25</sup> Jf. Ot.prp.nr.75 (2006-2007) side 73.

<sup>26</sup> Se HR-2014-1323-A avsnitt 14 og HR-2018-572-A avsnitt 41.

<sup>27</sup> Se for eksempel HR-2015-2524-P, HR-2017-569-A, HR-2017-2078-A, HR-2020-2408-A og HR-2021-203-A.

<sup>28</sup> Se HR-2021-203-A avsnitt 53–54, hvor Høyesterett tolket UNHCR, *Guidelines on International Protection – Cessation of Refugee Status under Article 1 C (5)*, 23. juli 2003, sml. UNHCRs tolkning av de samme retningslinjer fra 2003 i UNHCR, *Amicus curiae*, publisert 16. desember 2020 (i anledning saken i HR-2021-203-A), avsnitt 24–26, se <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&docid=602b9c934&skip=0&query=Amicus&coi=NOR>

<sup>29</sup> UNHCR fant at UNHCRs tolkning i 2020 av sine egne retningslinjer fra 2003 også hadde støtte i andre UNHCR-relaterte dokumenter, jf. *Amicus curiae* 2020 (foran note 28), avsnitt 17–22.

*refoulement*).<sup>30</sup> Høyesterett har ikke ved noen anledning sluttet seg til hva UNHCR har konkludert med i skriftlige innlegg til belysning av allmenne interesser eller i muntlige innlegg som partshjelper for Høyesterett. Høyesterett har i disse tilfellene gått imot UNHCRs standpunkt.<sup>31</sup> På denne bakgrunn mener NOAS at det kan stilles spørsmål ved om UNHCRs veiledning i saker for Høyesterett har blitt tilstrekkelig vektlagt og respektert, jf. statens samarbeidsplikt med UNHCR ved utførelsen av UNHCRs veiledningsplikt etter FK artikkel 35 nr. 1.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Høyesterett gikk også imot UNHCRs veiledning om at utsendelsestidspunktet er det korrekte tidspunktet for anvendelse av opphørsregelen i FK artikkel 1 C nr. 5 når utlendingen er sendt ut av landet før vedtaket som er til prøving er fattet, sml. HR-2021-2023-A avsnitt 57–69 (det etterfølgende vedtakstidspunktet er det korrekte tidspunktet) med UNHCR, *Amicus curia* 2020 avsnitt 27–28 og 41 (foran note 28).

<sup>31</sup> Se HR-2017-569-A, HR-2017-2078-A og HR-2021-203-A.

<sup>32</sup> FK artikkel 35 nr. 1 bruker begrepet «facilitate» for å beskrive innholdet i samarbeidsplikten («shall in particular facilitate its [UNHCR's] duty of supervising the application of the provisions of this Convention»). Begrepet kan tolkes slik at det også omfatter en viss resultatforpliktelse hvor statspartene i størst mulig grad tar UNHCRs veiledning til følge. I samme retning, Marjoleine Zieck, Article 35 of the 1951 Convention/Article II of the 1967 Protocol, i *Zimmermann 2011* (foran note 5), s. 1494.

#### 4. TOLKNING AV VILKÅRET «HAS COMMITTED A SERIOUS NON-POLITICAL CRIME»

(48) Anken til Høyesterett i herværende sak er begrenset til «lagmannsrettens rettsanvendelse under spørsmålet om ankemotpartens medvirkningshandlinger objektivt sett er tilstrekkelig til å danne grunnlag for utelukkelse, jf. utlendingslovens § 31 (1) bokstav b».<sup>33</sup>

(49) Staten tok i sin forklaring av ankegrunnene særlig opp tre hovedtema: (1) at lagmannsretten ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til at saken gjelder utelukkelse fra flyktningstatus og ikke straff – presisert som metodespørsmålet om betydningen av internasjonal strafferett; (2) at lagmannsretten feiltolket vilkåret «substantial contribution» – om medvirkningshandlingen må ha påvirket hovedforbrytelsen, og (3) at lagmannsretten la vekt på formildende momenter som ikke var relevante eller som ikke kunne tillegges så stor vekt – om hvor den nedre grensen går for utelukkelse på grunn av medvirkning.<sup>34</sup> I anketilsvaret besvares de samme spørsmål. NOAS vil nedenfor inngi prinsipielle synspunkter på disse spørsmålene, men først redegjøre litt for den traktatrettslige bakgrunnen for bestemmelsen i FK artikkel 1 F bokstav b som loven har inkorporert.

(50) NOAS vil først bemerke at lagmannsretten ut fra sitt syn på saken kun tok stilling til spørsmålet om utlendingen (A) objektivt sett hadde et medvirkningsansvar for de forbrytelser som As handlinger medførte for personer som A var med på å arrestere mens han var menig soldat i den syriske hæren i 2011. Med det resultat lagmannsretten kom til, var det «ikke nødvendig å vurdere hvorvidt A har utvist subjektiv skyld, om det foreligger straffrihetsgrunner eller om beslutningen [om å utelukke A fra flyktningstatus] er uforholdsmessig/ikke proporsjonal».<sup>35</sup>

(51) Ved tolkning av FK artikkel 1 F er utgangspunktet at FKs bestemmelser og begreper er folkerettslig autonome og må tolkes etter reglene i WK artikkel 31–33, jf. NOAS' bemerkninger foran i dette innlegget. Noe annet er at traktatbestemmelser kan henvise til standarder i nasjonal rett,<sup>36</sup> og til andre deler av folkeretten og eventuelt rettslige standarder der. FK artikkel 1 F bokstav a benytter seg således av velkjente begreper fra den folkerettslige strafferetten, mens bokstav c knytter forbindelsen til handlinger i strid med FNs formål og prinsipper, slik de er nedfelt i FN-pakten med videre henvisninger til blant annet menneskerettighetene.

---

<sup>33</sup> Jf. regjeringsadvokatens ankeerklæring til Høyesterett av 10. februar 2023 side 2, og Høyesteretts ankeutvalgs beslutning av 31. mars 2023 som tillater anken fremmet uten ytterligere bemerkninger.

<sup>34</sup> Regjeringsadvokatens ankeerklæring (foran note 33) side 4, jf. side 5–7.

<sup>35</sup> Jf. LB-2022-152712 side 13.

<sup>36</sup> Et eksempel på en slik bestemmelse er FK artikkel 7 nr. 1, som fastsetter en minstestandard for en stats behandling av flyktninger minst på linje med behandlingen av utlendinger generelt, dersom ikke FK inneholder gunstigere bestemmelser.



(52) FK artikkel 1 F bokstav b definerer eksklusjonsgrunnlaget ved hjelp av uttrykket «has committed a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee». Dette er en autonom traktatrettslig standard, som i første del henviser til normer utenfor bestemmelsen som gir innhold til begrepet «a serious non-political crime». Hvilke normer dette er og hvilke forbrytelser det nærmere bestemt gjelder, fremgår ikke direkte av ordlyden, den språklige konteksten eller formålet med konvensjonen, jf. WK artikkel 31 nr. 1. Sammenhengen med eksklusjonsgrunnlagene i bokstav a og c understøtter imidlertid den engelske ordlydens indikasjon, sammenholdt med den like autentiske franske versjonen hvor uttrykket «un crime grave» er benyttet, at det må dreie seg om en forbrytelse av en nokså alvorlig karakter.

(53) Forhistorien og traktatforarbeidene kaster et visst lys over begrunnelsen for bestemmelsen. Etter annen verdenskrig startet viktig internasjonalt arbeid om flyktningsspørsmål før UNHCR og FK ble etablert i hhv 1950 og 1951. United Nations Relief and Rehabilitation Administration (UNRRA) vedtok i 1945 en bestemmelse om utelukkelse fra assistanse personer som var «on charges of having collaborated with the enemy or having committed other crimes against the interests or nationals of the United Nations».<sup>37</sup> Forløperen til FK var IRO-konstitusjonen av 1946. International Refugee Organization (IRO) med over 5 000 ansatte ble etablert spesielt for å håndtere flyktningssituasjonen i Europe. Blant de som ønsket hjelp som flyktninger ble det antatt å skjule seg både krigsforbrytere, nazister og mer ordinære kriminelle personer. IRO-konstitusjonen brukte begreper og kategorier som «war criminals», «quislings», «traitors», personer som hadde «assisted the enemy» og «ordinary criminals who are extraditable by treaty», for å definere de som skulle utelukkes fra flyktningstatus under IRO-konstitusjonen.<sup>38</sup>

(54) Kategorien *ordinære kriminelle* som kan bli utlevert i henhold til *utleveringsavtaler* nevnt der, ble videreført i diskusjonene i forarbeidene til FK, og førte frem til det eksklusjonsgrunnlaget som ble artikkel 1 F bokstav b. Lenge før FK fantes det traktater om utlevering av lovbrøtere som ledd i internasjonalt samarbeid om kriminalitetsbekjempelse, som imidlertid ofte gjorde unntak for politiske lovbrøtere. Det gjaldt typisk politisk opposisjonelle som med rette eller urette ble anklaget for å ha begått alvorlige forbrytelser i hjemlandet. Forarbeidet til FK innbefattet stadier over en periode på fem år, siden 1946, men mest intenst i 1950–1951. Verdenserklæringen om menneskerettigheter (UDHR) av 1948 fikk i artikkel 14 nr. 2 en bestemmelse som avgrenset retten til å søke og nyte godt av asyl ifølge UDHR artikkel 14 nr. 1. Her heter det at rettigheten «may not be invoked in the case of prosecutions genuinely arising from non-political crimes or from acts contrary to the purposes and principles of the United Nations». Asylretten for flyktninger fra forfølgelse («persecution») ble dermed avgrenset mot personer som er under ekte («genuin») straffeforfølgning for ikke-politisk kriminalitet eller for handlinger i strid med FNs formål og prinsipper. Bak den siste kategorien lå det blant annet en kobling til den folkerettslige strafferetten som ble anvendt i rettsoppgjøret etter annen verdenskrig, utkrystallisert særlig gjennom London-traktaten («London Charter») for Nürnberg-

---

<sup>37</sup> Se nærmere Andreas Zimmermann og Philipp Wennholz, Article 1 F, i *Zimmermann 2011* (foran note 5), s. 583.

<sup>38</sup> *Ibid.*

tribunalet, Nürnberg-dommen av 1946 og Nürnberg-prinsippene vedtatt av FNs generalforsamling i 1946.<sup>39</sup> I begrepet «prosecutions genuinely arising from» i UDHR artikkel 14 nr. 2 ligger det et forbehold for straffeforfølgning maskert som menneskerettsstridig forfølgelse, fordi det var velkjent at personer i mange land kan bli utsatt for urettferdig eller menneskerettsstridig straffeforfølgning. Det kan gjelde politisk opposisjonelle, men også personer som tilhører andre forfulgte grupper i samfunnet. Underveis i forarbeidene til FK, i ECOSOC, ble det i eksklusjonsbestemmelsen foreslått inntatt både en direkte henvisning til London Charter og UDHR.<sup>40</sup>

(55) Parallelt med traktatarbeidet med FK, ble også statuttene for UNHCR vedtatt av FNs generalforsamling i desember 1950.<sup>41</sup> Flyktningbegrepet som her definerer UNHCRs kompetanse er i all hovedsak det samme som i FK artikkel 1. Eksklusjonsbestemmelsen som svarer til FK artikkel 1 F har følgende innretning:

shall not extend to a person [...] whom there are serious reasons for considering that he has committed a crime covered by the provisions of treaties of extradition or a crime mentioned in article VI of the London Charter of the International Military Tribunal or by the provisions of article 14, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights.<sup>42</sup>

Her er forbrytelser dekket av utleveringsavtaler nevnt som en av de tre kategoriene, mens det i tillegg er gjort eksplisitte henvisninger til London Charter og UDHR artikkel 14 nr. 2.

(56) På den avsluttende diplomatkonferansen for FK i 1951 ble teksten i FK artikkel 1 F imidlertid endret, til slik den ble endelig vedtatt 28. juli 1951. Debatten gikk særlig mellom Storbritannia og Frankrike. Storbritannias representant var opptatt av at eksklusjonsreglene ikke måtte gå for langt, særlig med hensyn til å utelukke ordinære lovbrøtere som ikke hadde begått særlig alvorlige forbrytelser. Han fryktet at noen stater ville utnytte et hull i flyktningbeskyttelse til å avvise ansvar for personer dømt for enhver forbrytelse i mottakerstaten.<sup>43</sup> Frankrike ønsket å beholde muligheten for å ekskludere såkalte «common-law criminals».<sup>44</sup> I etterkant av denne debatten ble det enighet om at det ville være bedre å presisere at eksklusjonsgrunnlaget i artikkel 1 F bokstav b skulle avgrenses til alvorlige ikke-politiske forbrytelser, begått før ankomst i staten hvor det er søkt asyl.<sup>45</sup> Det blir således et spørsmål om det er riktig å bruke artikkel 1 F bokstav

---

<sup>39</sup> [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga\\_95-I/ga\\_95-I\\_ph\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_e.pdf)

<sup>40</sup> Se for eksempel Zimmermann og Wennholz, Article 1 F, i *Zimmermann 2011* (foran note 5), side 586.

<sup>41</sup> GA Res. 428 (V), 14. desember 1950.

<sup>42</sup> *Ibid.*, Annex – Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, pkt. 7 bokstav d.

<sup>43</sup> Jf. Zimmermann og Wennholz, Article 1 F, i *Zimmermann 2011* (foran note 5), side 587.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*, side 587–588.

b i andre saker enn de som faller inn under begrepet ordinære forbrytelser. Forbrytelser som ikke er gjort for egen vinning, men i tjeneste for en stat eller en ikke-statlig militær organisasjon var antagelig tenkt å falle inn under artikkel 1 F bokstav a eller bokstav c.

(57) *Medvirkningsspørsmålet* må ta utgangspunkt i begrepet «has committed», i relasjon til den aktuelle straffbare handlingen i FK artikkel F bokstav b. Det samme begrepet er benyttet i bokstav a, mens bokstav c benytter formuleringen «has been guilty of acts». I lovens § 31 første ledd brukes begrepet «har gjort seg skyldig i» i relasjon til alle tre alternativer – henholdsvis «i en forbrytelse» (bokstav a), «i en ikke-politisk forbrytelse» (bokstav b) og i «handlingene i strid med FN's formål og prinsipper» (bokstav c). Kort sagt har det aldri vært tvil om at artikkel 1 F bare er anvendelig hvis en person kan holdes strafferettslig *ansvarlig*, riktignok under et noe lavere beviskrav enn i strafferetten. Det betyr at både objektive og subjektive straffevilkår må være oppfylt under beviskravet «serious reasons for considering» i artikkel 1 F. I vurderingen av strafferettslig ansvar inngår også straffrihetsgrunner.

(58) Det er samtidig klart at begrepet «has committed» ikke kan avgrenses til den som selv gjennomfører den straffbare handling, for eksempel selve den forsettlige torturhandlingen eller det forsettlige drapet på en sivil person eller fange. Det kan her trekkes en linje fra forarbeidene til FK, til London Charter og Nürnbergdommen og andre etterfølgende dommer med internasjonalt tilsnitt som var velkjente i årene etter annen verdenskrig.<sup>46</sup> I London Charter artikkel 6 siste ledd var regelen om individuelt ansvar for de mest ansvarlige for forbrytelser mot freden, krigsforbrytelser og forbrytelser mot menneskeheten formulert slik:

Leaders, organizers, instigators and accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes are responsible for all acts performed by any person in execution of such a plan»

Her nevnes blant annet medvirkere («accomplices»). Control Council Law No. 10, som dannet rettsgrunnlaget for andre store krigsforbrytersaker etter Nürnberg-saken mot de mest ansvarlige nazistene (jf. Nürnberg-dommen), var tiltenkt også å omfatte personer i midtre og nedre del av makthierarkiene. Der er ansvarsregelen enda klarere formulert med hensyn til medvirkning:

Any person [...] is deemed to have *committed* a crime as defined [...] if he was (a) a principal or (b) *was an accessory to the commission of such a crime or ordered or abetted the same* or (c) took a consenting part therein or (d) was connected with plans or enterprises involving its commission or (e) was a member of any organization or group connected with the commission of such a crime or (f) [...] if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held a high position in the financial, industrial or economic life of any such country. [Utheving tilføyet.]

---

<sup>46</sup> Se også UNHCRs håndbok pkt. 150, som refererer til London Charter.

(59) I nyere tid har tilsvarende regler for personlig ansvar blitt formulert i statuttene til forskjellige internasjonale straffetribunaler, noe forskjellig og med ulik grad av detaljering, men innholdet har vært mye det samme. Roma-vedtektene for Den internasjonale straffedomstolen (ICC) artikkel 25 og artikkel 28 kan i dag være et naturlig utgangspunkt når det skal gis innhold til begrepet «committed» i FK artikkel 1 F. Relevante bestemmelser i relasjon til herværende sak er særlig artikkel 25 nr. 3 bokstav c («assists in the commission») og bokstav d («contributes to the commission or attempted commission [...] by a group of persons acting with a common purpose»). Samtidig må det tas hensyn til reglene om subjektiv skyld og straffrihetsgrunner, jf. Roma-vedtektene artikkel 30 (kunnskap og forsett), artikkel 31 (straffrihetsgrunner), artikkel 32 (faktisk og rettslig villfarelse) og artikkel 33 (ordrespørsmålet) også ved spørsmål om medvirkning. Dette er grunner som må tas i betraktning uansett om man knytter vurderingen opp mot Roma-vedtektene eller anlegger et noe bredere eller mer generelt folkerettslig perspektiv, jf. UNHCR Guidelines (2003) pkt. 21–22.<sup>47</sup> Dette dokumentet ble utarbeidet på et tidspunkt hvor det ennå ikke forelå rettspraksis fra ICC.

(60) Slik NOAS ser det, er det på bakgrunn av traktatforhistorien og forarbeidene til FK artikkel 1 F i hvert fall svært gode grunner for å koble ansvar etter bokstav a til den folkerettslige strafferetten også med hensyn til ansvarslæren. Det samme gjelder for handlinger som faller innenfor de deler av folkeretten som omfattes av bokstav c. Når det gjelder bokstav b, som ikke henviser til hva som er straffbart i ett bestemt land, er det tilsvarende naturlig med felles ansvarsregler. Mye taler da for at det også her er grunn til å anvende de samme ansvarsregler, i hvert fall i relasjon til handlinger som også faller inn under folkerettslige utleveringsavtaler og traktater om internasjonalt arbeid for å motvirke forbrytelser gjennom plikt til å utlevere eller etterforske/straffeforfølge, jf. for eksempel FNs torturkonvensjon. De beste traktatrettslige grunner taler for å ha mest mulig ensartede ansvarsregler for anvendelsen av alle eksklusjonsreglene i FK artikkel 1 F.

(61) NOAS er imidlertid prinsipielt enig med staten når det i anken på s. 4 anføres at «Roma-vedtektene [ikke gir] uttrykk for folkerettslig sedvanerett i alt og ett». NOAS er også langt på vei enig i at det ikke har vært så mange saker for internasjonale tribunaler som omhandler medvirkning fra soldater med lavere rang (anken s. 4), og spesielt ikke for ICC. Anken på s. 7 omtaler to saker fra internasjonale tribunaler hvor menige soldater og underordnede har blitt holdt ansvarlige. En annen undersøkelse har vist at etter annen verdenskrig ble 45 militære vakter i konsentrasjonsleirer tiltalt for den den britiske militære domstol i Lüneburg, med til sammen 58 tiltalepunkter for medvirkning («aiding og abetting»)<sup>48</sup> For FNs Jugoslavia-tribunal (ICTY) ble 21 personer på lavt nivå tiltalt, hvorav 13 var militære vakter mens fem var politimenn. For ICTY var det 11 tiltalepunkter for felles kriminelt foretak (JCE) og tre for medvirkning på et lavt, underordnet nivå.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> UNHCR Guidelines 2003 (jf. foran note 7).

<sup>48</sup> Se Terje Einarsen og Joseph Rikhof, *A Theory of Punishable Participation in Universal Crimes*, TOAEP, Brussels, 2018, s. 179.

<sup>49</sup> *Ibid.*, s. 176.

(62) NOAS er derimot ikke enig med staten i at reglene i norsk strafferett om medvirkning har rettskildemessig vekt ved tolkning av begrepet «committed» i FK artikkel 1 F, jf. tidligere om autonom traktatolking. Dette standpunktet må prinsipielt være det samme uansett hvilket lands interne rett det er tale om. Det er bare hvis det har utviklet seg en felles praksis i statspartene at det kan legges vekt på nasjonal rett innenfor rammen av WK artikkel 31, mens en påviselig konsistent praksis blant en gruppe statsparter kan tillegges en viss vekt som et supplerende tolkningsmiddel, jf. WK artikkel 32. Dette må etter NOAS' syn også gjelde i relasjon til FK artikkel 1 F bokstav b.

(63) I folkerettslig strafferett er det bred enighet om at den objektive siden – *actus reus* – av medvirkning («aiding and abetting») kan beskrives ved hjelp av begreper som «substantial effect» eller «substantial contribution». Det gjelder handlinger som består i praktisk assistanse til utførelsen av den straffbare hovedhandling, eventuelt gjennom oppmuntring eller moralsk støtte til den utførte forbrytelse, og som har hatt eller var egnet til å ha en vesentlig innvirkning på hovedforbrytelsen. Det er ikke nødvendigvis krav om direkte årsakssammenheng. Medvirkning kan skje både før og under utførelsen av forbrytelsen, og etterpå hvis det foreligger forutgående avtale om assistanse. Hva som nærmere bestemt ligger i vesentlighetskravet har vært forsøkt formulert på litt forskjellige måter i folkerettslig rettspraksis og teori.<sup>50</sup> I kravet til vesentlighet ligger det et terskelkrav, men det kan være vanskelig å si eksakt hvor mye som skal til. En vanlig formulering har vært at kravet til medvirkning er oppfylt hvis forbrytelsen mest sannsynlig ikke ville ha skjedd på samme måte uten medvirkningshandlingen.<sup>51</sup>

(64) Et annet spørsmål, i relasjon til begrepet «committed» i relasjon til FK artikkel 1 F bokstav b, er om ikke koblingen til begrepet *alvorlig* forbrytelse medfører at det må gjøres en konkret individuell og helhetlig sluttvurdering av As medvirkningshandling objektivt og subjektivt sett, hvor også eventuelle formildende omstendigheter som ikke nødvendigvis når opp til terskelen for straffefrihet – som at A har handlet under militær ordre og tvang – skal tas med i *eksklusionsvurderingen*. På dette punkt glir vurderingen i så fall over fra en ren strafferettslig vurdering av skyldspørsmålet til en autonom vurdering etter FK. NOAS vil her vise til UNHCRs håndbok, som her har stått uendret siden førsteutgaven i 1979, pkt. 155–157. Blant annet er det i pkt. 157 understreket følgende:

In evaluating the nature of the crime presumed to have been committed, all relevant factors – including any mitigating circumstances – must be taken into account. It is also necessary to have regard to any aggravating circumstances as, for example, the fact that the applicant may already have a criminal record.

---

<sup>50</sup> *Ibid.* s. 410–416, med henvisninger til rettspraksis. Det finnes en omfattende internasjonal litteratur om medvirkningsspørsmål i folkerettslige strafferett, som det ikke er anledning til å gå inn på her. Se for eksempel, med videre henvisninger, Manuel J. Ventura, *Aiding and Abetting*, i *Modes of Liability in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2019, side 173–256.

<sup>51</sup> Terje Einarsen, Medvirkning i internasjonal strafferett, *Tidsskrift for strafferett*, Nr. 4 2020, s. 348.

Dette betyr at alvorlighetsvurderingen nettopp ikke kan stoppe ved en vurdering av straffeskyld for medvirkning til en bestemt forbrytelse, men må ta i betraktning omstendigheter som strafferettslig sett ofte vil kunne passe inn i en konkret straffeutmåling, herunder av formildende omstendigheter. På dette punkt er NOAS enig med anketilsvaret s. 4-5.

(65) NOAS vil også vise til UNHCR, Background Note (2003), hvor det er uttalt at strafferamme for vedkommende handling i et land ikke er avgjørende, men at den heller bør

be considered as part of an assessment of all the circumstances of the crime including any aggravating elements, the gravity of which should be judged against international standards rather than by domestic laws.<sup>52</sup>

At UNHCR spesielt nevner skjerpene omstendigheter her, betyr ikke at også formildende omstendigheter ikke skal hensyntas når det er relevant, jf. foran i dette innlegget pkt. 66 om UNHCRs håndbok. Senere i samme dokument sier UNHCR at «both objektive and subjective criteria of participation in the commission of the relevant crime need to be fulfilled».<sup>53</sup> Det er på denne bakgrunn ikke tvil om at UNHCRs veiledning går ut på at det skal foretas en individuell, helhetlig vurdering av vedkommende handlingens alvorlighet, også når det dreier seg om mulig straffbar medvirkning. NOAS mener at UNHCRs standpunkt her bør tillegges stor vekt ved tolkningen av FK artikkel 1 F bokstav b.

Oslo, 23.10.2023

Norsk Organisasjon for asylsøkere (NOAS)



**Jon Ole Martinsen**  
Seniorrådgiver



**Marek Linha**  
Juridisk seniorrådgiver

---

<sup>52</sup> UNHCR, Background Note (foran note 9), side 20.

<sup>53</sup> *Ibid.* s. 24.