

# Retten til å søke og nyte asyl – noen utvalgte spørsmål

Kandidatnummer: 184

Antall ord: 14202



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2015

# Innholdsfortegnelse

## 1. Innledning

## 2. Bakgrunn og folkerettslig forankring

### 2.1 Menneskerettigheter

### 2.2 Verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 14

#### 2.2.1 Tolkning av VM artikkel 14

#### 2.2.2 Forarbeider til VM artikkel 14

### 2.3 Flyktningkonvensjonen

### 2.4 Europarådet

### 2.5 Den Europeiske Union

### 2.6 Har retten til asyl blitt folkerettslig sedvane?

## 3. Krav om visum

### 3.1 Schengen-avtalen

## 4. Avskjæring til sjøs

### 4.1 Saken om Hirsi Jamaa and Others v. Italy

#### 4.1.1 Jurisdiksjon

#### 4.1.2 Direkte refoulement til Libya

#### 4.1.3 Indirekte refoulement til Somalia og Eritrea

#### 4.1.4 Kollektiv utvisning til sjøs

#### 4.1.5 Rett til et effektivt rettsmiddel

#### 4.1.6 Virkninger av Hirsi-dommen

## 5. Sanksjoner mot transportører

### 5.1 Folkerettslig forankring

#### 5.1.1 Chicago-konvensjonen

#### 5.1.2 Flyktningkonvensjonen

#### 5.1.3 FN-protokollene for bekjempelse av smugling og menneskehandel

#### 5.1.4 Schengen-avtalen

5.2 Kort om praksisen

5.3 Delegering av ansvar for og fysisk forflyttelse av grensekontroll

*5.3.1 Økonomisk motivasjon*

*5.3.2 Immigration Liaison Officers (ILOs)*

5.4 Draft Articles

5.5 Refoulement

5.6 Sanksjoner mot transportører som middel mot smugling og menneskehandel

**6. Konklusjon**

**7. Litteraturliste**

## 1. Innledning

«Det kan stilles spørsmål ved om stater har rett til å sette i verk tiltak som direkte eller indirekte begrenser retten til å søke asyl, jf. Verdenserklæringen art. 14.» Denne setningen fra et innlegg i Kritisk Juss fra 2010, skrevet av Mads Harlem og Charlotte Bayegan, under overskriften «Enhver persons rett til å søke asyl i et annet land ved forfølgelse», er essensen av hva denne oppgaven handler om. Det er helt på det rene at alle land i Europa har iverksatt tiltak som direkte eller indirekte rent faktisk begrenser gjennomføring og oppfyllelse av retten til asyl, noe som er særlig tydeliggjort ved flyktningkrisen vi nå står oppi. Mitt spørsmål er hvilke tiltak statene kan innføre, uten å krenke folkerettslige forpliktelser knyttet til menneskerettigheten til asyl.

Jeg vil først se på bakgrunnen for retten til til asyl, hvorvidt den i dag kan regnes som folkerettslig sedvane, hvilken beskyttelse denne retten har og hvorvidt den står i konflikt med annen lovgivning eller praksis. Jeg vil se dette spesifikt opp mot medlemslandene i Europarådet (hele Europa med unntak av Hviterussland og Kosovo) hvor regler rundt grenseovergang kan gjøre denne retten svært vanskelig i praksis for en flyktning å påberope seg. Videre i oppgaven vil uttrykket Europa ekskludere Hviterussland og Kosovo.

Ifølge tall fra Flyktninghjelpen var det ved årsskiftet 2013/2014 51,2 millioner mennesker på flukt, hvilket er det høyeste tallet siden flyktningstrømmene etter andre verdenskrig. En stor del av disse er internt fordrevne, altså flyktninger i eget land. Flyktninger som ønsker å søke asyl i Europa møter mange hindringer på veien (såkalte 'non-entry measures'), da man vanligvis må befinne seg på en stats territorium for å kunne søke asyl. Mange kommer fra land hvorfra det er vanskelig å få visum til Europa, og på grunn av sanksjoner mot transportører kan de da ikke lovlig ta seg inn i Europa via et transportmiddel som fly, tog, etc. Ved noen grenseoverganger, for eksempel mellom Tyrkia og Hellas, møter de også fysiske stengsler ved grensene i form av gjerder. Da gjenstår det kun ulovlige måter å ta seg inn i Europa på, som vi i dag ser for eksempel gjennom flyktningstrømmen over Middelhavet. Også her har flyktninger tradisjonelt møtt på stengsler, i form av europeiske skip som avskjærer dem, eller følger dem tilbake til havnen de reiste fra. Denne praksisen har imidlertid endret seg de siste årene, særlig etter en dom fra 2012 for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD).

Immigrasjon- og flyktningsspørsmål er i dag storpolitikk, og brennaktuelt i hele Europa. Den store folkevandringen vi ser i dag skaper uro både sosialt og politisk i Europa, som blant annet viste seg i vår egen valgkamp i Norge i høst og konflikten internt i regjeringen angående Syria-flyktingene i vår. Landene ved Middelhavet har havner fulle av flyktinger, og skipene deres plukker omtrent daglig opp migranter<sup>1</sup> fra synkende og overfylte båter. Innad i EU er det uenighet om hvorvidt det burde være mulig å søke asyl ved grensen til Europa, og om man skal innføre en kvoteordning for landene. Ifølge en artikkel av Janne Haaland Matlary i Dagens Næringsliv i august var det da i Ungarn allerede kommet over 60 000 migranter i år. Ungarns svar på dette er nå å bygge et 175km langt gjerde på grensen mot Serbia. Flyktingstrømmen som over lang tid stort sett påvirket land rundt Middelhavet, har nå spredt seg til store deler av Europa. Flere land i Europa, inkludert Norge, har grunnet den store pågangen skjerpet grensekontrollen den siste tiden.

De skjerpede tiltakene i Europa i dag som en direkte følge av den store flyktingstrømmen, er en god illustrasjon på den løpende konflikten mellom statlige interesser og menneskerettigheter. På den ene siden er statene folkerettslig forpliktet til å ikke bare respektere, men beskytte menneskerettighetene, inkludert da retten til asyl hvilket er særlig aktuell i Europas nåværende situasjon. På den annen side har statene behov for kontroll med immigrasjonen. Det krever store ressurser både administrativt og økonomisk å ta imot både immigranter og asylsøkere. Her er asylsøkere med et reelt beskyttelsesbehov et særlig «problem» for statene, da de ikke kan sendes tilbake. Personer innenfor en stats jurisdiksjon tillegges både rettigheter og plikter, og grensekontroll kan dermed sees som «et uttrykk for statens behov å sikre gjennomføring av egen lovgivning på eget territorium»<sup>2</sup>. Det krever også ressurser å få behandlet alle asylsøknader, bosette nye borgere, sørge for språkopplæring, integreringstiltak, få barn på skole, voksne i jobb og eldre i pensjonsordninger, etc. Til tross for at mange stater er motvillige til å ta imot flyktinger, så gjør de det likevel i praksis – grensene stenges ikke fullstendig. Da det potensielle antallet flyktinger i verden er stort, er det vanskelig å kritisere stater for å iverksette 'non-entry' tiltak. Det kan likevel være mulig å kritisere tiltakene for å bryte statenes folkerettslige forpliktelser, hvilket jeg vil se nærmere på senere i oppgaven.

Asylrett er altså et høyst aktuelt tema om dagen, men det avgjøres og diskuteres stort sett av politikere. Jeg ønsker å se på jussen her, hva er situasjonen *de lege lata*, og om noen av de vanligste

---

1 Migrant, person som flytter fra ett land til et annet. Ordet omfatter både arbeidsmigranter, flyktinger, utdanningsmigranter, familiemigranter og alle andre som skifter bosted over landegrensene, uavhengig av om flyttingen er frivillig, ufrivillig, lovlig eller ulovlig. Kilde: <https://snl.no/migrant>

2 NOU 2009:20 Ny grenselov – Politiets grenseovervåkning og inn- og utreisekontroll, punkt 4.1.3

tiltakene som er iverksatt i Europa for å stanse flyktingene står i en normkonflikt med retten til å søke asyl. Jeg begynner med å se på artikkel 14 i Verdenserklæringen om menneskerettigheter, og deretter andre internasjonale og regionale hjemler for retten til asyl for å finne rettstilstanden rundt rettigheten i Europa i dag. Deretter ser jeg nærmere på noen av tiltakene iverksatt i Europa som hindrer asylsøkere å komme seg hit, nærmere bestemt praksis rundt visum, avskjæring til sjøs og sanksjoner mot transportører. Jeg har valgt disse tre tiltakene, da de synes å ha størst direkte virkning på personer som befinner seg utenfor Europa, men ønsker å søke asyl her. Deretter ser jeg på særlig problematiske sider ved disse tiltakene og om de står i konflikt med retten til asyl.

Oppgaven avgrenses mot drøftelser rundt unntakene fra retten til asyl i VM art. 14 (2), og mot en inngående drøftelse av vilkårene for å defineres som flykting. Det avgrenses også mot gjennomgang av nasjonal lovgivning rundt asylrett – utgangspunktet her vil være praksis i Europa i dag, og de folkerettslige forpliktelsene landene har gjennom forskjellige traktater og medlemskap i Europarådet, EU og FN.

## 2. Bakgrunn og folkerettslig forankring

### 2.1 Menneskerettigheter

Menneskerettigheter er rettigheter man har i kraft av simpelthen å være et menneske. Det er rettigheter verdenssamfunnet anerkjenner som grunnleggende for alle mennesker, uavhengig av tid, sted og rom, basert på prinsippet om respekt for individet. Ved opprettelsen av De forente nasjoner (heretter FN) i kjølvannet av annen verdenskrig, begynte arbeidet med et dokument som skulle omfavne disse rettighetene. Resultatet ble Verdenserklæringen om menneskerettigheter (VM), som ble proklamert av FN 10 desember 1948. I fortalen fremheves «*the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family*», og artikkel 1 i erklæringen fastslår det at «*Alle mennesker er født frie og med samme menneskeverd og menneskerettigheter*».

Generalforsamlingen ba medlemslandene om å sørge for at dokumentet ble spredt, lest opp, fremvist og forklart – og i dag holder Verdenserklæringen om menneskerettighetene rekorden som det mest oversatte dokumentet i verden<sup>3</sup>. Verdenserklæringen er ikke i seg selv et rettslig bindende dokument for FNs medlemsstater, men de fleste artiklene har blitt kodifisert i andre rettslig bindende traktater og konvensjoner, mye av VM er i dag en del av internasjonal strafferett og det er fortsatt vanlig å se på VM som det viktigste menneskerettslige dokumentet vi har.

### 2.2 Verdenserklæringen om menneskerettigheter artikkel 14

I VM fremsettes retten til asyl i artikkel 14;

1. «*Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*».

Den norske teksten er: «*Enhver har rett til i andre land å søke og ta imot asyl mot forfølgelse<sup>4</sup>*». Dette fremstår imidlertid ikke som en spesielt god oversettelse. Vanligvis vil man ikke oversette «to enjoy» med å «ta imot», men heller til «å nyte». Det kan stilles spørsmål ved om oversettelsen er bevisst dårlig, fordi den norske oversettelsen da reflekterte artikkelen slik oversetterne mente den burde tolkes. «Å nyte» noe er ikke et vanlig uttrykk i norsk juss, men «to enjoy» var i 1948 et velkjent begrep fra flere dokumenter fra mellomkrigstiden. Dersom man forstår uttrykket på samme

---

<sup>3</sup> <http://www.guinnessworldrecords.com/world-records/most-translated-document>

<sup>4</sup> Oversettelse fra [www.fn.no](http://www.fn.no)

måte som i 'å nyte godt av noe', vil det imidlertid gi god mening på norsk. Jeg mener derfor en mer korrekt oversettelse av art.14 er «Enhver har rett til i andre land å søke og nyte asyl mot forfølgelse». Dette innebærer imidlertid ingen realitetsendring i den norske forståelsen av artikkelen.

Ved arbeidet med VM ble det vurdert å formulere artikkelen som «the right to (...) *be granted* (...) asylum», altså en rett til å få innvilget asyl. Av respekt for statenes suverenitet, hvilket flere følte ble krenket ved den foreslåtte ordlyden, ble artikkelen endret til det stående «the right to (...) *enjoy* (...) asylum»<sup>5</sup>. Det er likevel verdt å nevne at tanken bak artikkel 14 synes å være en reell mulighet til å få asyl i et annet land, dersom man ble forfulgt i hjemlandet. Selv uten en rett til innvilgelse av asyl, finnes det fortsatt individrettslig innhold i artikkel 14. I en uttalelse fra FNs Eksekutivkomité for UNHCR (Conclusion on Safeguarding Asylum (Ex.Com. 1997) par. (b) ) om asylinstituttets menneskerettslige grunnlag blir det sagt at «the institution of asylum, which derives directly from the right to seek and enjoy asylum set out in Article 14 (1) of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, is among the most basic mechanisms for the international protection of refugees». I teorien har det blitt uttalt at «VM art.14 [er] et viktig internasjonalt prinsipp, som bidrar til å knytte forbindelsen mellom flyktningerrett og alminnelige menneskerettigheter»<sup>6</sup>.

### **2.2.1 Tolkning av VM artikkel 14**

Da VM ikke er en traktat, kan man ikke uten videre legge til grunn tolkningsprinsippene i Wienkonvensjonen<sup>7</sup>. Da Einarsen i *Retten til vern som flyktning* skulle foreta en tolkning av den samme artikkelen kom han imidlertid frem til at «Wienkonvensjonens prinsipper alt i alt gir et rimelig og forsvarlig metodisk utgangspunkt ved fortolkningen av et så politisk og menneskerettslig viktig dokument som VM»<sup>8</sup>. Dette synes å være en god konklusjon, da det ikke finnes åpenbare alternativer og fordi Wienkonvensjonens tolkningsprinsipper langt på vei synes å avspeile alminnelige og gode prinsipper for juridisk tolkning av folkerettslige dokumenter. Den følgende tolkningen samsvarer dermed i stor grad med Einarsens tolkning på s.113-114 . Av særlig betydning for fortolkning av traktater (her: en erklæring) er Wienkonvensjonens artikkel 31 (1):

*«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».*

---

5 Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero publisher, Bergen 2000, s.31

6 Ibid, s.111

7 Vienna Convention on the law of treaties (with annex), 23 mai 1969

8 Einarsen, op.cit, s.112



En naturlig forståelse av ordlyden i riktig sammenheng er dermed utgangspunktet for tolkningen. Dersom tolkningsresultatet ut fra dette blir åpenbart meningsløs, tvetydig eller urimelig, er det et unntak i artikkel 32 hvor det åpnes for å vektlegge supplerende rettskilder, som forarbeider og omstendighetene rundt opprettelsen av traktaten.

For å korrekt kunne tolke VM art. 14, må man se på artikkelen i sin helhet:

1. «*Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution*».
2. «*This right 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*».

Gjennom sammenhengen mellom første og annet ledd, kan det leses at «*persecution*» kan innebære tilfeller av «*prosecution*», men artikkelen er likevel ikke en utleveringsbestemmelse. «Formålet med en rettighet til å søke og nyte asyl er i sin alminnelighet at personer som med god grunn flykter fra sitt hjemland skal kunne få vern mot enhver form for (uberettiget) forfølgelse»<sup>9</sup>.

Hva som skal karakteriseres som «forfølgelse» og nærmere hva «asyl» innebærer, besvares ikke i ordlyden. Ved å se på VM i sin helhet kan man imidlertid indirekte få noen holdepunkter. Å anta at forsettlig overgrep på retten til «*life, liberty and security of person*» etter VM art.3, forbudet mot «*slavery or servitude*» i VM art.4, eller retten til frihet fra «*torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*» i VM art.5, vil dekkes av «*persecution*» i VM art.14 virker nærliggende<sup>10</sup>. «Det er også grunn til å anta at en person som nyter 'asylum' har sine menneskerettigheter i behold, men nå med tilfluktsstaten som hovedadressat»<sup>11</sup>. Dette samsvarer godt med hele VM, særlig fortalen og artikkel 1 (nevnt under «Menneskerettigheter») og prinsippet i artikkel 2 om forbudet mot diskriminering på bakgrunn av (blant annet) «*national (...) origin*». Uttrykket «*enjoy in other countries asylum*» gir derfor rett til å nyte vern mot forfølgelse, samt visse rettigheter mens man nyter dette vernet. Begrepet «*asylum*» kan imidlertid ikke sies å innebære en rett til permanent opphold i tilfluktsstaten, derimot beskyttes kun krav til opphold så lenge vedkommende fortsatt trenger vern mot forfølgelse. Einarsens uttrykk '*de facto* asyl' kan brukes på tilfeller hvor en asylsøker ikke får formalisert opphold, men fortsatt nyter vern mot forfølgelse og

---

9 Ibid, s.113

10 Ibid, s.113

11 Ibid, s.114

visse grunnleggende rettigheter.

«Ordlyden, formålet og den språklige sammenhengen tilsier med andre ord at VM art.14 innebærer en *rett* til å søke (midlertidig) asyl mot forfølgelse og nyte grunnleggende menneskerettigheter under oppholdet i tilfluktsstaten. (...) I utgangspunktet ligger det derfor an til en sontring mellom et individrettslig element i asylinstituttet som statene har et menneskerettslig ansvar for å respektere (*de facto* asyl) og humanitære eller politiske elementer som statene råder fritt over (spørsmålet om det skal innvilges formalisert og eventuell varig bosetting, og om mer vidtgående rettigheter skal tilstås flyktninger på linje med statens egne borgere under oppholdet)»<sup>12</sup>.

### **2.2.2 Forarbeider til VM artikkel 14**

De påfølgende avsnittene tar i utgangspunkt i Einarsens fremstilling av forarbeidene til VM art.14 i *Retten til vern som flykting* s.114-118.

Prinsippet i VM art.14 var omstridt og ble omformulert flere ganger før den endelige ordlyden ble vedtatt. Det har blitt påpekt at dette er forståelig da en bestemmelse om asyl er «the real meeting place of national sovereignty and international human rights»<sup>13</sup>. Dette er en svært treffende beskrivelse av både artikkel 14, og de praktiske utfordringene rundt asylretten forøvrig. De første utkastene fra «Drafting Committee» la hovedsaklig vekt på hensynet til de potensielle tilfluktsstatenes suverenitet. Da utkastet ble drøftet i arbeidsgruppen i Menneskerettighetskommisjonen ble det foretatt en radikal omformulering, som i stor grad vektla hensynet til individet. Da dette forslaget ankom «Drafting Committee» ble det omgjort til en svakere rettighetsformulering igjen. Tilbake i Menneskerettighetskommisjonen ble formuleringen «*Everyone has the right to seek and be granted in other countries asylum from persecution*» vedtatt.

Dette forslaget ble drøftet i Generalforsamlingens Tredje Komité i 1948. Flere støttet forslaget, men særlig England (UK) ved Corbet ønsket å gå tilbake til en formulering hvor individets asylrett ble svekket til fordel for potensielle tilfluktsstaters (fulle) frihet rundt asylspørsmål. Dette særlig da de fryktet at «*to be granted*» ville innebære en forhåndstillatelse til innreise. England fremmet dermed forslaget som senere ble vedtatt av Generalforsamlingen og i dag er artikkel 14, da dette ivaretok statenes suverenitet. Saudi-Arabia ved Baroody mente at en rett til å søke asyl ikke kunne bety rett til å få asyl i hvilket som helst land vedkommende flykting måtte ønske, og ville stryke «and be granted» fra forslaget.

---

<sup>12</sup> Ibid, s.114

<sup>13</sup> Johannes Morsink 'World War Two and the Universal Declaration', *Human Rights Quarterly*, Vol.15 No.2 1993, s.383

Hva gjelder individets rett til å nyte asyl taler dermed denne debatten i Generalforsamlingens Tredje Komité for en innskrenkende tolkning av ordlyden i VM art. 14. Det er imidlertid omtrent den eneste kilden som taler for en slik innskrenkende forståelse av artikkelen, og det er usikkerhet rundt hvilken realitetsendring majoriteten av representantene mente endringen fra Menneskerettighetskommisjonens forslag innebar, hvilket svekker denne kildens tyngde. Jeg tilslutter meg derfor Einarsens endelige konklusjon av innholdet i artikkel 14:

«Konfrontert med en naturlig språklig forståelse av VMs ordlyd, formål og språklige kontekst, samt etterfølgende rettsutvikling i folkeretten, synes de beste grunner å tale for å konkludere med at VM art. 14 i realiteten har et individrettslig innhold svarende til en rett til å nyte *de facto* asyl, slik denne karakteristikken er forklart i fremstillingen foran»<sup>14</sup>.

### 2.3 Flyktningkonvensjonen

I 1951 vedtok FNs generalforsamling the Geneva Convention relating to the Status of Refugees (Flyktningkonvensjonen) som trådte i kraft i 1954. Denne suppleres av en tilleggsprotokoll fra 1967. Her konkretiseres hvem som anses som flyktninger, beskyttelse mot retur og hvilke rettigheter flyktninger har. Artikkel 14 fra VM har ikke direkte blitt kodifisert i andre traktater, men er implisitt i Flyktningkonvensjonen fra 1951. Det er ikke noe krav om at land må innvilge asyl etter VM artikkel 14, men etter Flyktningkonvensjonen artikkel 33 har land imidlertid forbud mot å sende flyktninger i retur «*over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe*». Dette stemmer i stor grad overens med artikkel 1A i samme konvensjon, hvor en flyktning defineres som en som «*med rette frykter for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller, på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse*».

Prinsippet om at ingen må sendes tilbake til et land hvor de vil være i fare for forfølgelse og tortur kalles non-refoulement, og anses som det viktigste prinsippet i flyktningkonvensjonen. Prinsippet vil i mange tilfeller innebære at flyktninger får *de facto* asyl, dersom de ikke kan sendes tilbake må de nødvendigvis få bli (med mindre de kan sendes tilbake til et annet, trygt land etter Dublin-avtalen<sup>15</sup>),

---

<sup>14</sup> Einarsen, op.cit, s.119

<sup>15</sup> Dublin-avtalen er et samarbeid mellom EU, Island, Sveits, Lichtenstein og Norge. Hver asylsøker får søknaden sin behandlet i kun ett Dublin-land, og hovedregelen er at søknaden skal behandles av det første Dublin-landet

selv om de de jura ikke har det ved avslått søknad.

Artikkel 31 (1) i konvensjonen er også av stor betydning for asylsøkere, da den fastslår at stater ikke skal straffe flyktninger for ulovlig inngang eller opphold i staten. Asylsøkere stilles dermed i en sterkere stilling enn øvrige migranter, som kan utvises på det samme grunnlaget.

Store Norske Leksikon definerer «asyl» som fristed mot forfølgelse. I Merriam-Websters ordbok defineres «asylum» som «protection given by a government to someone who has left another country in order to escape being harmed». Retten til asyl gjelder altså for mennesker som forfølges i hjemlandet, og dermed defineres som flyktning. Det illustrerer godt det symbiotiske forholdet mellom flyktningretten og asylretten, at hvorvidt en person får innvilget asyl gjerne avhenger av hvorvidt vedkommende oppfyller definisjonen av «flyktning» i Flyktningkonvensjonen (det finnes også andre kategorier av individer enn flyktninger som kan påberope seg retten til asyl). Begrepet «flyktninger» i avgrenses imidlertid mot internt fordrevne flyktninger, altså flyktninger i eget land. Dette fremkommer av Flyktningkonvensjonen art. 1A, hvor et av vilkårene er at personen «*befinner seg utenfor det land han er borger av*». UNHCRs-statutter fra 1950 par. 6 A (ii) inneholder en nær identisk definisjon av flyktningbegrepet som Flyktningkonvensjonen, og man kan dermed omtale dette som «FNs flyktningbegrep»<sup>16</sup>. For å kunne defineres som en flyktning i folkerettslig forstand må man derfor ha krysset en internasjonal grense.

## 2.4 Europarådet

Europarådet er et samarbeidsorgan som ble opprettet i 1949, og består i dag av 47 medlemsland, hvilket innebærer alle europeiske land med unntak av Hviterussland og Kosovo. Rådets viktigste oppgave er å verne om menneskerettigheter, rettsstat og demokrati. Europarådets arbeid for menneskerettighetene har gitt resultater i form av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som trådte i kraft i 1953 og opprettelsen av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i 1959 – hvor europeiske borgere kan prøve sin sak mot EMK. EMD avgjør klager med bindende virkning for medlemsstatene, og er ansvarlig for i stor grad å ha videreutviklet EMK siden den trådte i kraft. Dette særlig da, som EMD selv uttaler, domstolen tolker EMK etter «the principle, firmly rooted in the Court's case-law, that the Convention [EMK] is a living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions»<sup>17</sup>. Alle medlemslandene i Europarådet må ratifisere EMK, og det er generelt strenge krav til medlemslandene hva gjelder vern

---

asylsøkeren kommer til.

<sup>16</sup> Einarsen, op.cit., s.29

<sup>17</sup> *Hirsi Jamaa and Others v.Italy*, EMD-dom fra 23 februar 2012 [Grand Chamber], Application no. 27765/09, § 175

av menneskerettighetene<sup>18</sup>. EMK har ingen eksplisitt artikkel om retten til asyl eller flyktninger, men de vil også nyte vern etter EMK og alle land i Europarådet har en intern asylrett. Europarådet har også opprettet Den europeiske integrerings- og migrasjonskomiteen (CDMG) hvis hovedmål er å utvikle samarbeid på migrasjonsfeltet. Under komiteens arbeidsområde faller integrering av innvandrere og flyktninger i Europa<sup>19</sup>.

## 2.5 Den Europeiske Union

EU-samarbeidet startet med avtaler mellom seks vesteuropeiske land på 1950-tallet, som i 1967 ble slått sammen til De europeiske fellesskap (EF). Navnet ble endret til EU i 1993. Det er i dag 28 medlemsland i EU (og flere er på vei til å bli medlemmer), samtlige av disse er også med i Europarådet. EU har over tiden utviklet en lovgivningsprosess med regler og standarder for samarbeidsområdene, hvor EU-kommisjonen er overvåkende myndighet og EU-domstolen øverste, rettslige instans. Reglene i EU gis gjerne i direktiver, som medlemslandene er pliktet til å inkorporere i deres nasjonale lovgivning. I Charter of Fundamental Rights of the European Union fra 2000, som ble rettslig bindende for medlemsstatene etter Lisboa-traktaten i 2009, er retten til asyl inntatt i artikkel 18:

*«The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees»*

I the Treaty on the Functioning of the European Union<sup>20</sup> understrekes retten til asyl i artikkel 78 (1), ved at EU skal utvikle en felles asylpolitikk med hensyn til *«any third-country national requiring international protection and ensuring compliance with the principle of non-refoulement. This policy must be in accordance with [Flyktningkonvensjonen og tilleggsprotokollen], and other relevant treaties.»*

## 2.6 Har retten til asyl blitt folkerettslig sedvane?

Historisk har asyl blitt sett på som et uttrykk for suverenitet, en rett stater stod fritt til å innvilge. I nyere tid har asyl blitt sett på mer som en rett individet har til å få innvilget<sup>21</sup>. 147 land har ratifisert

18 <http://www.norway-coe.org/>

19 <https://www.regjeringen.no/no/tema/asylsituasjonen/innvandring/innsikt/internasjonalt-samarbeid-om-innvandringspolitikk/id2001684/>

20 Treaty on the Functioning of the European Union [2012], *Official Journal of the European Union*, C 326/47

21 Maria-Teresa Gil-Bazo 'Asylum as a General Principle of International Law', *International Journal of Refugee Law*, 2015, Vol.27, No.1, s.3

Flyktningkonvensjonen og/eller tilleggsprotokollen, og er dermed folkerettslig forpliktet til å følge dem. Som tidligere nevnt står det ikke noe eksplisitt om asylrett i Flyktningkonvensjonen eller tilleggsprotokollen, men asylretten er implisitt og gis et innhold med rettigheter. Retten til asyl respekteres og praktiseres i land over hele verden, med kun få unntak. Den har rettslig forankring i et av de mest kompliserte regelverkene for regionalt samarbeid vi har i verden i dag, EU, og nyter stor respekt i både i nasjonal og internasjonal politikk, og i juridisk teori.

Etter å ha analysert hjemler for asyl i flere grunnlover fra stater verden over, sett på de religiøse og historiske røttene til asyl og vurdert kilder fra folkerettslig teori, konkluderer Maria-Teresa Gil Bazo i en artikkel med at «the continuous historical presence of asylum across civilizations and over time, as well as its crystallization in a norm of constitutional rank among states worldwide, suggests that asylum constitutes a general principle of international law»<sup>22</sup>. Jeg kan ikke annet enn å si meg enig, og følgelig synes asyl å ha blitt en del av folkerettslig sedvanerett. Dette særlig i lys av *non-refoulement*-prinsippet i Flyktningkonvensjonen, som i mange tilfeller vil føre til *de facto* asyl. Det er imidlertid fortsatt uenigheter og uklarheter rundt hva slags beskyttelse asyl gir, hvem som skal innvilges asyl og eventuelle unntak, hvilket langt på vei kan forklare hvorfor det ikke finnes en universell traktat om asyl. Mangel på en traktat og at retten praktiseres noe ulikt fra stat til stat, er imidlertid ikke nok til å undergrave denne rettens prinsipielle plass i folkeretten i dag.

---

22 Ibid, s.28

### 3. Krav om visum

Et visum er en tillatelse til å reise inn i et land for en begrenset tidsperiode. Som hovedregel må man ha visum for å reise inn i et annet land, med unntak ved avtaler mellom stater om visumfrihet. Forskjellige stater opererer med forskjellige vilkår for å få visum, men felles er at det foretas en individuell vurdering, hvor man gjerne vurderer innvandringsregulerende hensyn (vil vedkommende forlate landet ved visumets utløp), reisens formål og personlige opplysninger som eventuell familie i landet og kriminell bakgrunn. De fleste land i Europa har imidlertid en liste over land som ikke får innvilget visum. I en artikkel i Aftenposten tidlig i høst skrev Inger Anne Olsen om den senegalesiske filosofen Souleymane Bachir Diagne som i en debatt om migrasjon stilte spørsmålet: «Do you carry a passport that does not pass ports?». Dette er et ganske treffende spørsmål for den store delen av flyktingene i verden i dag. Passet deres lar dem ikke passere grensen til Europa på lovlig måte i bil, båt, tog eller fly.

#### 3.1 Schengen-avtalen

Schengen-avtalen, som først ble signert i 1985, avskaffer grensekontroll av personer mellom medlemslandene og er tiltrådt av 26 land (over halvparten av landene i Europarådet). Schengen-avtalen har blitt implementert i EU-regelverket, og Schengen-området er dermed nå «*within the legal and institutional framework of the EU*»<sup>23</sup>. Schengen-avtalen innebærer også visumfrihet for statsborgere i Schengen-land, når de reiser innenfor Schengen-området. Avskaffelsen av grensekontroll gjør det også enklere for illegale migranter og kriminelle å passere grenser innenfor området. Schengen-landene har kompensert for dette ved å opprette Schengen Informasjonssystem (SIS) – et felles etterlysningsregister for hele Schengen-området. Det samarbeides også om visumregler, og de nasjonale ambassadene må konsultere SIS før de utsteder visum. Visum gir rett til opphold i hele Schengen-området i tre måneder. Det er videre opprettet en visumdatabase, Visa Information System (VIS), som inneholder personopplysninger om alle som har søkt om Schengen-visum<sup>24</sup>.

Det er også opprettet et felles visum-reglement for Schengen-landene gjennom den såkalte «Visa Code»<sup>25</sup>. Ved henvisning til en sak for EU-domstolen i 2013 angående adgangen til å nekte

<sup>23</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A133020>

<sup>24</sup> <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema/schengen-i-praksis/id692069/>

<sup>25</sup> REGULATION (EC) No 810/2009 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 13 July 2009 establishing a Community Code on Visas (Visa Code)

utstedelse av Schengen-visum, gir «Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration» utgitt av European Union Agency for Fundamental Rights og Council of Europe i 2014, på side 29 en kortfattet oversikt over adgangen til å nekte visum i «Visa Code»:

«A visa is to be refused where there is reasonable doubt as to the applicant's intention to leave the territory of the Member States before the expiry of the visa applied for. To determine whether there is a reasonable doubt as regards that intention, the competent authorities must carry out an individual examination of the visa application which takes into account the general situation in the applicant's country of residence and the applicant's individual characteristics, inter alia, his family, social and economic situation, whether he may have previously stayed legally or illegally in one of the Member States and his ties in his country of residence and in the Member States».

På denne bakgrunnen vil enhver person fra et land med større uroligheter kunne nektes visum, da det sannsynliggjør at vedkommende ønsker å bli værende etter at visumet er utløpt. Dette vil da særlig ramme potensielle asylsøkere, ved at muligheten til å lovlig ta seg direkte fra hjemlandet til en trygg tilfluktsstat avskjæres. Visum-reglementet er således et effektivt middel for å hindre at potensielle asylsøkere kommer seg inn i landet på lovlig og effektivt vis (med et visum kan de fly direkte hjemmefra) og deretter søker asyl. Dette gjelder imidlertid kun flyktninger fra større uroligheter, altså situasjoner myndighetene i Europa er klar over, men vil ikke nødvendigvis fange opp enkelttilfeller av forfølgelse i land hvor det ellers er relativt stabilt. Det faktum at det må sannsynliggjøres at vedkommende vil forlate området før visumet utløper, er spesielt effektivt for å sortere ut potensielle asylsøkere, og dermed også spesielt problematisk i forhold til VM art. 14. Er retten til asyl i behold når et eventuelt behov for asyl er direkte anført som grunnlag for å nekte innreise?



#### 4. Avskjæring til sjøs

I Europa har det særlig rundt Middelhavet vært praksis at man avskjærer båter med flyktninger før de kommer inn i europeisk farvann, og leder båtene tilbake til opprinneshavnen. Dette har også skjedd med båter som har kommet inn i europeisk farvann, og med migranter som er plukket opp av europeiske skip. Denne praksisen er ikke unik for Middelhavet. Senest i vår drev flere båter med flyktninger fra Myanmar og Bangladesh rundt i Sørøst-Asia. Malaysia og Indonesia nektet å ta imot båtene, og etter å ha kommet inn i Thailands farvann ble en av båtene tauet tilbake ut i internasjonalt farvann. Sett i et asylrettslig perspektiv synes dette å være en særlig problematisk praksis.

I 2011 uttalte Goodwin-Gill sin bekymring over ivaretagelsen av menneskerettighetene ved praksisen med avskjæring til sjøs;

«Looking at the interception and return measures adopted in the Mediterranean and off the west coast of Africa (...) one may rightly wonder what has happened to the values and principles considered fundamental to the Member States of the European Union»<sup>26</sup>.

Han kritiserte videre EU-landene for å ikke ta ansvar for de som ble avskåret, og mente at «interceptions at sea are resulting in the summary return of individuals in need of protection, in breach of international obligations»<sup>27</sup>. Goodwin-Gills løsning på situasjonen var å tenke menneskerettigheter før man tenker politikk. «The object and purpose of EU operations in maritime areas, therefore, should be first and foremost to ensure protection, and secondarily to manage and prevent irregular migration»<sup>28</sup>. Ved en slik praksis, vil et minimum av individuelle undersøkelser måtte finne sted, slik at personer med et reelt beskyttelsesbehov blir fanget opp.

EMDs praksis hadde over tid utviklet en strengere linje overfor en slik avskjæringspraksis, særlig rundt spørsmålet om hvordan stater bør garantere fundamentale rettigheter til migranter funnet til sjøs, som kulminerte med *Hirsi*-saken i 2012.

---

26 Guy S. Goodwin-Gill 'The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*', *International Journal of Refugee Law*, 2011, Vol.23 No.3, s.445

27 Ibid s.455

28 Ibid s.455

#### 4.1 Saken om *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*<sup>29</sup>

Hirsi Jamaa og de 23 andre saksøkerne (alle fra Somalia og Eritrea) var blant cirka 200 migranter som dro fra Libya ombord i tre båter på vei til Italia. 6 mai 2009 ble de stoppet i internasjonalt farvann av 3 italienske militære skip. Migrantene ble flyttet over i de italienske skipene, og deretter returnert til Tripoli hvor de ble overlevert til libyske myndigheter. Personlige eiendeler ble konfiskert, inkludert id-dokumenter. Migrantene ble ikke identifisert eller intervjuet, men var tydelig imot å bli overlevert til libyske myndigheter. Ifølge saksøkerne informerte de det italienske mannskapet om sine intensjoner om å søke asyl, men dette benektet Italia. I det videre presenteres EMDs vurdering av saken.

##### 4.1.1 Jurisdiksjon

Det første som måtte avgjøres, var hvorvidt EMK kunne brukes som rettsgrunnlag for de påståtte krenkelsene i saken, etter EMK artikkel 1;

*«The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention».*

Spørsmålet ble dermed hvorvidt saksøkerne hadde vært under Italias «jurisdiction», selv om de ikke var inne på Italias territorium. I *Medvedyev*-saken hadde EMD allerede påpekt det generelle poenget at internasjonalt farvann ikke er et menneskerettslig ingenmannsland, og at maritime avskjærelser vel kan bringe berørte personer under den avskjærende statens jurisdiksjon<sup>30</sup>.

I *Al-Skeini*-saken ble det uttalt at basert på domstolens tidligere praksis, ville «the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the State was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts»<sup>31</sup>. Angående tolkningen av begrepet «jurisdiction» ble det i den samme dommen uttalt at «[j]urisdiction means no less and no more than “authority over” and “control of”. In relation to Convention obligations, jurisdiction is neither territorial nor extraterritorial: it ought to be functional»<sup>32</sup>. Fra migrantene kom ombord i de italienske skipene med militært personell til de ble overlevert til libyske myndigheter, konkluderer domstolen med at «the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities»<sup>33</sup>. Dermed falt hendelsene under Italias «jurisdiction» etter EMK art.1, og EMK kom til anvendelse.

---

29 *Hirsi*, op.sit

30 *Medvedyev v. France*, EMD-dom fra 29 mars 2010 [Grand Chamber], Application no. 3394/03, § 84

31 *Al-Skeini and Others v. The United Kingdom*, EMD-dom fra 7 juli 2011 [Grand Chamber], Application no. 55721/07, § 132

32 *Ibid*, Concurring opinion of Judge Bonello, § 12

33 *Hirsi*, op.sit, § 81

Denne konklusjonen er betydelig av to grunner. For det første, fordi EMD bekrefter at når en stat velger å engasjere seg i «coercive activity» til sjøs og bringer migranter under sin kontroll, kan den eneste konsekvensen være at statens plikter etter EMK engasjeres. Denne konklusjonen har store konsekvenser, da det vil følge at alle inngripelser til sjøs kan implisere menneskerettighetsobligasjoner – hvilket igjen kan føre til en suspekt dynamikk hvor stater kvier seg for å engasjere seg i redningsoppdrag, i frykt for å ende opp med ansvar for migranter. Dette så man eksempler på tidligere i år ved Middelhavet, før avtalen om at andre staters skip kunne bistå i redningsoppdrag, men at Italia likevel ville ta ansvar for migrantene. For det andre, ved å understreke *de facto* kontrollen over migrantene, sender EMD signaler om at situasjoner hvor migrantene forblir på sitt eget fartøy men er under myndighetenes komplette kontroll, også kan falle under EMKs virkeområde<sup>34</sup>.

#### **4.1.2 Direkte refoulement til Libya**

Saksøkerne mente at sende dem tilbake til Libya var i strid med EMK artikkel 3:

*«No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».*

Før retten tar stilling til dette spørsmålet, bemerker domstolen at den er klar over den økte pågangen av migranter og asylsøkere for landene på grensen til Europa, typisk da landene ved middelhavet. De anerkjenner også den tunge byrden dette innebærer, særlig i lys av den økonomiske krisen. «However, having regard to the absolute character of the rights secured by Article 3, that cannot absolve a State of its obligations under that provision»<sup>35</sup>. Med dette uttrykker EMD veldig klart at en uvanlig stor strøm av migranter og asylsøkere, som den vi opplever i Europa i dag, ikke gir grunnlag for å unnta stater fra deres menneskerettslige forpliktelser etter EMK. EMD ga uttrykk for det samme prinsippet i *Medvedyev*-saken, «the end does not justify the use of no matter what means<sup>36</sup>», og i *M.S.S.*-saken, «States' legitimate concern to foil the increasingly frequent attempts to circumvent immigration restrictions must not deprive asylum seekers of the protection afforded by [Flyktningkonvensjonen og EMK]»<sup>37</sup>. Her finner vi altså en slags støtteerklæring til individers rett til asyl.

Ved vurderingen av art.3, ble det uttalt at «the existence of the risk must be assessed primarily with

---

34 Maarten Den Heijer 'Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case', *International Journal of Refugee Law*, 2013, Vol.25, No.2, s.271-273

35 *Hirsi*, op.sit, § 122

36 *Medvedyev*, op.sit, § 81

37 *M.S.S. v. Belgium and Greece*, EMD-dom fra 21 januar 2011 [Grand Chamber], Application no. 30696/09, § 216

reference to those fact which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of removal»<sup>38</sup>. Dette er helt i tråd med *MSS*-saken fra året før, hvor det ble uttalt at «at the time of the applicant's expulsion the Belgian authorities knew or ought to have known that he had no guarantee that his asylum application would be seriously examined by the Greek authorities»<sup>39</sup>. Videre ble det i *Hirsi*-saken understreket at «protection against the treatment prohibited by Article 3 imposes on States the obligation not to remove any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment»<sup>40</sup>, altså at art.3 implisitt gir uttrykk for *non-refoulement*. Ifølge rapporter fra flere internasjonale organer var det på den aktuelle tiden i Libya ingen beskyttelse for flyktninger, og både ulovlige migranter og asylsøkere ble systematisk arrestert og holdt fanget under inhumane forhold.

Italia mente at saksøkerne ikke hadde gjort ordentlig rede for risikoen de ble utsatt for i Libya, da de ikke hadde søkt til italienske myndigheter om asyl. Dette bestridt av saksøkerne. EMD tok ikke direkte standpunkt til dette, men kom med følgende uttalelse i § 133:

«it was for the national authorities, faced with a situation in which human rights were being systematically violated, as described above, to find out about the treatment to which the applicants would be exposed after their return. (...) Having regard to the circumstances of the case, the fact that the parties concerned had failed to expressly request asylum did not exempt Italy from fulfilling its obligations under Article 3».

Det blir dermed etablert at Libya ble betraktet som utrygt for *alle* ulovlige migranter, og at sett i sammenheng med den lett tilgjengelige informasjonen om Libya, ble ingen bevisbyrde lagt på migrantene men en umiddelbart plikt til å undersøke for Italia<sup>41</sup>.

EMD uttaler også at Italias henvisninger til diverse bestemmelser i internasjonal lov ikke kan rettferdiggjøre å sende saksøkerne tilbake til Libya, da «the rules for the rescue of persons at sea and those governing the fight against people trafficking impose on States the obligation to fulfil the obligations arising out of international refugee law, including the «*non-refoulement*» principle»<sup>42</sup>.

Her understrekes altså den fundamentale betydningen av *non-refoulement* i internasjonal flyktningrett, og EMD konkluderte med at Italia hadde brutt EMK artikkel 3.

---

38 *Hirsi*, op.sit, § 121

39 *M.S.S.*, op.sit § 358

40 *Hirsi*, op.sit, § 123

41 Den Heijer, op.sit, s.275-276

42 *Hirsi*, op.sit, § 134

#### **4.1.3 Indirekte refoulement til Somalia og Eritrea**

Når det gjelder forbudet mot indirekte *refoulement* etter EMK art.3, slår EMD fast at «[i]t is a matter for the State carrying out the return to ensure that the intermediary country offers sufficient guarantees to prevent the person concerned being removed to his country of origin without an assessment of the risks faced. The Court observes that that obligation is all the more important when, as in the instant case, the intermediary country is not a State party to the Convention»<sup>43</sup>. Dette er verdt å merke seg, da dette var den første saken for EMD om indirekte *refoulement* gjennom et land som ikke er bundet av EMK.

Det var ubestridt i saken at situasjonen i Somalia og Eritrea, både på det aktuelle tidspunktet og siden, utgjorde alvorlige problemer med usikkerhet, og at tilbakesendelse dit dermed ville være i strid med EMK artikkel 3.

EMD la særlig vekt på at Libya ikke har ratifisert Flyktningkonvensjonen, og at et UNHCR-kontor i Tripoli ikke kunne garantere beskyttelse for asylsøkere, all den tid myndighetene i Libya ikke anerkjente verdien ved flyktningstatus eller asylprosedyrer. Dette ble understøttet av at UNHCR og Human Rights Watch hadde rapportert flere tvungne returer av asylsøkere og flyktninger til utrygge land. Disse fire faktorene ble ansett å utgjøre en reell risiko for tilbakesendelse til hjemlandene. Det faktum at saksøkerne i ettertid har fått stadfestet flyktningstatus, ble brukt nærmest som et skjerpende element, da det ytterligere beviste sårbarheten hos de berørte partene.

EMD konkluderte dermed med at «the Italian authorities knew or should have known that there were insufficient guarantees protecting the parties concerned from the risk of being arbitrarily returned to their countries of origin»<sup>44</sup>, og følgelig at returen utgjorde et brudd på EMK art.3.

#### **4.1.4 Kollektiv utvisning til sjøs**

Saksøkerne anførte også at det forelå brudd på EMKs artikkel 4 i protokoll 4:

«*Collective expulsion of aliens is prohibited*».

Dette var første gang EMD måtte ta stilling til hvorvidt en sak om utvisning av migranter til en tredje stat, utført utenfor nasjonalt territorium, rammet denne bestemmelsen. Under vurderingen av

---

<sup>43</sup> Ibid, § 147

<sup>44</sup> *Hirsi*, op.sit, § 156

artikkel 4 i protokoll 4 sin anvendelighet på saken, ble det av EMD uttalt i § 177:

«If (...) Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to collective expulsions from the national territory of the States Parties to the Convention, a significant component of contemporary migratory patterns would not fall within the ambit of that provision, notwithstanding the fact that the conduct it is intended to prohibit can occur outside national territory and in particular, as in the instant case, on the high seas. Article 4 would thus be ineffective in practice with regard to such situations, which, however, are on the increase. The consequence of that would be that migrants having taken to the sea, often risking their lives, and not having managed to reach the borders of a State, would not be entitled to an examination of their personal circumstances before being expelled, unlike those travelling by land».

I § 178 uttaler EMD videre at i saker hvor man har funnet at en stat har utøvd sin jurisdiksjon utenfor dens nasjonale territorium, vil det ikke være noe i veien for å akseptere at «the exercise of extraterritorial jurisdiction by that State took the form of collective expulsion». Dette medfører altså at utøvelsen av jurisdiksjonen faller inn under EMK art. 1 og følgelig engasjerer statens ansvar under EMK artikkel 4 i protokoll 4. «Apart from its territorial scope, the Court also fleshes out the substantive meaning of the term 'expel'. (...) it considers that protection by article 4 of Protocol 4 is activated in respect to the removal of aliens 'the effect of which is to prevent migrants from reaching the borders of the State or even to push them back to another State'<sup>45</sup>»<sup>46</sup>. Denne tolkningen av forbudet mot kollektiv utkastelse var ny og av stor prejudisiell betydning for medlemsstatene. På dette grunnlaget konkluderte domstolen med at artikkel 4 i protokoll 4 kom til anvendelse på saken.

I vurderingen ble det lagt vekt på at forbudet mot kollektiv utkastelse betyr at avskjæringer til sjøs må involvere en «examination of each applicant's individual situation» og at «each person concerned has been given the opportunity to put arguments against his expulsion to the competent authorities»<sup>47</sup>. Domstolen gir også signaler om hva den individuelle undersøkelsen bør innebære i § 185, hvilket er en identifiseringsprosess, individuelle intervjuer utført av kvalifisert personell, og støtte fra oversettere eller juridiske rådgivere. Da den aktuelle saken ikke hadde utført noen slike undersøkelser, konkluderte EMD med at artikkel 4 i protokoll 4 var brutt.

#### ***4.1.5 Rett til et effektivt rettsmiddel***

---

45 *Hirsi*, op.sit, § 180

46 *Den Heijer*, op.sit, s.283

47 *Hirsi*, op.sit, §§ 184-185

Det siste anførte bruddet på EMK var etter artikkel 13:

*«Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity».*

Vurderingen av artikkel 13 ble da sett i sammenheng med bruddet på artikkel 3 og artikkel 4 i protokoll 4. Her viste EMD til *Čonka*-dommen<sup>48</sup> hvor det i relasjon til artikkel 13 sammen med artikkel 4 i protokoll 4, i § 79 ble uttalt;

«The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible (...). Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (...).»

EMD fant i *Hirsi*-saken at «the applicants were deprived of any remedy which would have enabled them to lodge their complaints under Article 3 of the Convention and Article 4 of Protocol No.4 with a competent authority and to obtain a thorough and rigorous assessment of their requests before the removal measure was enforced»<sup>49</sup>. Konklusjonen ble dermed at det forelå et brudd på EMK artikkel 13 sett sammen med EMK artikkel 3 og artikkel 4 i protokoll 4.

#### **4.1.6 Virkninger av *Hirsi*-dommen**

Ved denne dommen har EMD satt sammen et robust prosessuelt rammeverk for migranter avskåret til sjøs. Dommen ble avsagt enstemmig, og sier klart at direkte retur av migranter er forbudt. Dommen stadfester at utøvelse av jurisdiksjon kan skje utenfor statenes nasjonale territorium, og dette fører til at de ikke kan unntas fra deres obligasjoner etter EMK selv om myndighetsutøvelsen skjer i internasjonalt farvann. Videre at «any interdicted migrant must be individually interviewed and allowed to submit arguments against his removal. These arguments must then be reasonably and objectively examined before removal is enforced»<sup>50</sup>. Dette innebærer altså en styrking i asylsøkeres rett når de forsøker å ta seg til Europa over havet, ved at de får en reell mulighet til å fremsette sitt behov for beskyttelse, og ved at tilbakesendelse kun kan skje om statene kan være sikre på at de ikke blir utsatt for behandling i strid med EMK etter returen. Dommen samsvarer i stor grad med Goodwin-Gills tanker rundt praksisen i 2011 – å sikre menneskerettigheter for hver enkelt migrant

---

48 *Čonka v. Belgium*, EMD-dom fra 5 februar 2002, Application no. 51564/99

49 *Hirsi*, op.sit, § 205

50 Den Heijer, op.sit, s.285

settes foran statenes behov for immigrasjonskontroll, og statenes plikter etter menneskerettighetene har fått klar anvendelse på avskjæringer til sjøs.

Virkningene av denne dommen, som vel kan sies å utvide forståelsen av jurisdiksjon i EMK, kan vi se på situasjonen i Middelhavet i dag. Båter blir ikke lenger avskåret eller ledet tilbake til havnen de dro fra. Akkurat nå er det en felles operasjon i Middelhavet hvor skip fra flere europeiske land (under en spesialavtale som unntar dem fra ansvar gjennom jurisdiksjon når de tar personer om bord) er tilstede for å redde flyktninger fra overfylte båter, og som deretter setter dem i land i Italia og/eller Hellas. På grunn av den massive pågangen får ikke alle som kommer i land umiddelbart sin sak undersøkt, men de registreres og blir ikke vilkårlig sendt tilbake. Dette er definitivt en bedre ivaretagelse av retten til asyl enn situasjonen var før *Hirsi*-dommen.



## 5. Sanksjoner mot transportører

At man ikke har visum, hindrer en ikke nødvendigvis i å komme til en europeisk havn eller flyplass. For å gjøre visum nødvendig for å komme seg til en havn eller flyplass i et europeisk land, har man innført sanksjoner, gjerne i form av bøter, mot private transportselskaper som frakter mennesker uten visum inn på europeisk territorium. Gjennom EU-regelverket kom disse sanksjonene i stand ved Schengen-avtalen, hvor det står eksplisitt at dette skal være i tråd med Flyktningskonvensjonen av 1951.

Sanksjoner mot transportører består av tre hovedkomponenter. Den første er transportører sin plikt til å fjerne udokumenterte migranter bragt inn i landet. Den andre er transportøren sin plikt til å ta på seg alle kostnadene, for eksempel overnatting, inntil den udokumenterte migranten er fjernet. Til sist er den tredje komponenten en bot til transportøren for å bringe en udokumentert migrant til statens grense<sup>51</sup>. Den første og den tredje komponenten kan spores tilbake til the United States Passenger's Act fra 1902. I siste halvdel av 1900-tallet, særlig fra 1970-tallet, har flere vestlige land implementert mer restriktive regelverk for innvandring, etter å ha opplevd en økning i migranter og asylsøkere – særlig ved regionale uroligheter som borgerkriger. Et av de mer restriktive tiltakene som ble utviklet og implementert var sanksjoner mot transportører (engelsk 'carrier sanctions'). Jeg vil i det videre først presentere det juridiske grunnlaget for sanksjoner mot transportører, og deretter se på noen utvalgte problemer ved praksisen.

### 5.1 Folkerettslig forankring

Flere internasjonale juridiske instrumenter har blitt brukt for å rettferdiggjøre bruken av sanksjoner mot transportører. Grunnet stor tilslutning til og ratifisering av de forskjellige traktatene og juridiske instrumentene, er et stort antall stater folkerettslig forpliktet til å innføre regelverk for sanksjoner mot transportører, og har gjort dette i praksis<sup>52</sup>.

#### 5.1.1 Chicago-konvensjonen

The 1944 Chicago Convention on Civil Aviation, som i dag er ratifisert av 190 land, inkludert alle land i Europarådet, inneholder to artikler som har blitt brukt som utgangspunkt for å tillate

---

<sup>51</sup> Tilman Rodenhäuser 'Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control', *International Journal of Refugee Law*, 2014, Vol.26 No.2, s.226

<sup>52</sup> Ibid

praksisen rundt sanksjoner mot transportører.

Artikkel 13: «*The laws and regulations of a contracting State as to the admission to or departure from its territory of passengers, crew or cargo of aircraft, such as regulations relating to entry, clearance, immigration, passports, customs, and quarantine shall be complied with by or on behalf of such passengers, crew or cargo upon entrance into or departure from, or while within the territory of that State.*»

Artikkel 29: «*Every aircraft of a contracting State, engaged in international navigation, shall carry the following documents in conformity with the conditions prescribed in this Convention: ... (f) If it carries passengers, a list of their names and places of embarkation and destination;*»

Det har vært diskutert i teorien hvorvidt artikkel 13 pålegger en plikt til å håndheve visumkrav overfor transportøren, eller om dette kravet kun legges på individuelle passasjerer<sup>53</sup>. Chicago konvensjonen nevner ikke eksplisitt noe om 'carrier sanctions', men statene samarbeider om å sikre så stor uniformitet rundt lover og regler som praktisk mulig, jf. Artikkel 37 første ledd i konvensjonen. For å hjelpe med dette, har the International Civil Aviation Organization utviklet regulerende retningslinjer i såkalte «annexes» til konvensjonen, i tråd med artikkel 37 annet ledd. Disse er ikke bindende, men har stor påvirkning på staters lovgiving og dermed indirekte påvirkning på transportører<sup>54</sup>. I Annex 9 standard 5.9 og 5.11 fremkommer det at transportøren er ansvarlig for å returnere personer uten nødvendig dokumentasjon, og skal bære kostnadene knyttet til varetekt og omsorg, typisk da kost og losji inntil returen. Det understrekes imidlertid i standard 5.4 at dette ikke kan tolkes i favør for å returnere asylsøkere til et land hvor de forfølges, altså vil ikke manglende dokumenter ved ankomst være gyldig grunn til å 'refouler' en person. Videre kreves det i Annex 9 standard 5.14 at bøter ikke skal utstedes hvis flyselskapet «*can demonstrate that they have taken adequate precautions to ensure that these persons had complied with the documentary requirements for entry into the receiving state*». Dette er prinsipielt i favør for asylsøkere, men legger bevisbyrden på transportøren.

### **5.1.2 Flyktningkonvensjonen**

Etter at Chicago konvensjonen trådte i kraft, ble den komplisert ved Flyktningkonvensjonen fra 1951, hvor særlig to artikler begrenser typene reguleringer statene kan legge på innreise:

---

53 Tendayi Bloom og Verena Risse 'Examining hidden coercion at state borders: why carrier sanctions cannot be justified', *Ethics & Global Politics*, 2014 Vol.7 No.2, s.73

54 Rodenhäuser, op.sit, s.227

Artikkel 31 (1): «*The Contracting States shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence, on refugees who, coming directly from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1, enter or are present in their territory without authorization, provided they present themselves without delay to the authorities and show good cause for their illegal entry or presence.*»

Artikkel 33 (1): «*No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.*»

Straffene fra sanksjoner mot transportører legges ikke på asylsøkerne selv, men på dem som transporterer dem, og det er ikke staten selv som returnerer dem. Likevel vil den raske fjerningen som er en del av praksisen rundt sanksjoner mot transportører, og at det finner sted *de facto refoulement* på statens vegne, utgjøre en krenkelse av artikkel 33 (1).

Artikkel 31 (1) er en praktisk viktig hjemmel for flyktninger, kanskje særlig i Europa. Da tiltakene som har blitt drøftet i denne oppgaven gjør det nær sagt umulig å komme inn i Europa på lovlig vis for en person som ønsker å søke asyl, er det viktig at de beskyttes mot å kastes ut eller straffes dersom de kommer seg inn på ulovlig vis.

### **5.1.3 FN-protokollene for bekjempelse av smugling og menneskehandel**

Det finnes en folkerettslig bindende obligasjon til å innføre sanksjoner mot transportører i både 'Anti-Smugling'<sup>55</sup> protokollen og 'Anti-Trafficking'<sup>56</sup> protokollen (begge utarbeidet av FN), nærmere bestemt i deres tilnærmet like artikler 11. Under begge protokollene i artikkel 11 annet ledd må stater «*adopt legislative or other appropriate measures to prevent, to the extent possible, means of transport operated by commercial carriers from being used in the commission of the offense[s]*» etablert i de respektive protokollene. I Anti-Trafficking protokollen fortsetter artikkel 11 videre (tilnærmet identisk til Anti-Smugling protokollen);

3. «*Where appropriate, and without prejudice to applicable international conventions,*

---

55 PROTOCOL AGAINST THE SMUGGLING OF MIGRANTS BY LAND, SEA AND AIR, SUPPLEMENTING THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME fra 2000

56 PROTOCOL TO PREVENT, SUPPRESS AND PUNISH TRAFFICKING IN PERSONS, ESPECIALLY WOMEN AND CHILDREN, SUPPLEMENTING THE UNITED NATIONS CONVENTION AGAINST TRANSNATIONAL ORGANIZED CRIME fra 2000.

*such measures shall include establishing the obligation of commercial carriers, including any transportation company or the owner or operator of any means of transport, to ascertain that all passengers are in possession of the travel documents required for entry into the receiving state.»*

4. *«Each State Party shall take the necessary measures, in accordance with its domestic law, to provide for sanctions in case of violation of the obligation set forth in paragraph 3 of this article.»*

Etter tredje ledd må altså stater sørge for at alle passasjerer sjekkes for nødvendig reisedokumentasjon. For å håndheve dette kontrollkravet må stater etter fjerde ledd inkorporere sanksjoner mot brudd i deres nasjonale lovgivning. Begge protokollene understreker i artikkel 11 tredje ledd at kravene skal være *«without prejudice to applicable international conventions»*, hvilket tydelig referer til internasjonal rett rundt både flyktninger og menneskerettigheter. Dette kommer også frem i de såkalte «saving clauses», nærmere bestemt artikkel 19 (1) i Anti-Smuggling protokollen og artikkel 14 (1) i Anti-Trafficking protokollen. Protokollene påpeker altså at selv om statene er pålagt å innføre sanksjoner mot transportører, beholder statene deres *«discretion not to hold carriers liable in cases where they have transported undocumented refugees»*<sup>57</sup>.

#### **5.1.4 Schengen-avtalen**

Schengen-avtalen er også blant regelverkene som bidrar til å rettslig forankre sanksjoner mot transportører. Den viktigste bestemmelsen er artikkel 26:

1. *«Subject to the obligations arising out of their accession to the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees, as amended by the New York Protocol of 31 January 1967, the Contracting Parties undertake to incorporate the following rules in their national legislation:»*

a. *«If an alien is refused entry into the territory of one of the Contracting Parties the carrier which brought him to the external border by air, sea or land shall be obliged to assume responsibility for him again without delay. [...]»*

b. *«The carrier shall be obliged to take all necessary measures to ensure that an alien*

---

<sup>57</sup> UNODC, 'Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocol Thereto', 2004, 298,

*carried by air or sea is in possession of the travel documents required for entry into the territory of the Contracting Parties.»*

2. *«The Contracting Parties undertake, subject to the obligations arising out of their accession to the Geneva Convention of 28 July 1951 relating to the Status of Refugees, as amended by the New York Protocol of 31 January 1967, and in accordance with their constitutional law, to impose penalties on carriers who transport aliens who do not possess the necessary travel documents by air or sea from a Third State to their territories.»*

Artikkel 26 i Schengen-avtalen vektlegger altså at sanksjoner må være i tråd med Flyktningkonvensjonen fra 1951 og dens tilleggsprotokoll fra 1967. Artikkel 26 har blitt supplementert med et EU-direktiv<sup>58</sup> hvor det i forordet står at *«Application of this Directive is without prejudice to the obligations resulting from [Flyktningkonvensjonen og dens tilleggsprotokoll]»*<sup>59</sup>. I direktivets artikkel 4 (2) understrekes det at plikten til å pålegge sanksjoner *«is without prejudice to Member States' obligations in cases where a third country national seeks international protection»*. Denne artikkelen fjerner altså *plikten* til å gi bøter hvor personen søker internasjonal beskyttelse. Ifølge European Council on Refugees and Exiles (ECRE) har dette ført til forskjellig praksis i forskjellige land, hvor *«some States providing for exemptions only for those who are subsequently recognised as refugees and others providing for exemptions also when the third country national is granted a subsidiary form of protection»*<sup>60</sup>.

Den folkerettslige forankringen bak praksisen med sanksjoner mot private transportselskaper er dermed rimelig solid, og i flere tilfeller altså en plikt heller enn en tillatelse til å innføre slik praksis. Det faktum at nesten alle hjemlene inkluderer et forbehold om at slike sanksjoner ikke må gå på tvers av statenes øvrige folkerettslige forpliktelser, viser imidlertid at det er bevissthet rundt den potensielle motstriden mellom praksisen og flyktning- og menneskerett. Statenes plikt til å ilegge sanksjoner skal altså ikke innebære en krenkelse av statenes plikt til å beskytte flyktninger.

---

58 EU direktiver er bindende for alle medlemsstater, jf. Treaty of the Functioning of the European Union art.288

59 COUNCIL DIRECTIVE 2001/51/EC of 28 June 2001 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985

60 European Council of Refugees and Exiles, 'Defending Refugees' Access to Protection in Europe', 2007, s.29

## 5.2 Kort om praksisen

Da praksisen rundt sanksjoner mot transportører ikke er allmennkunnskap, vil jeg derfor her forklare kort hvordan den fungerer. Transportselskaper, her eksemplifisert som et flyselskap, må før reiser hvor de skal krysse internasjonale grenser, sjekke passasjerers reisedokumenter. Ut fra disse dokumentene må de foreta en vurdering av hvorvidt vedkommende oppfyller reglene for innreise i den respektive staten som er destinasjon for reisen. Alle passasjerer som får gå ombord i flyet, er nå flyselskapets ansvar. Ved ankomst utføres ofte en passkontroll, hvor staten som er destinasjonen for reisen selv sjekker passasjerenes dokumenter. Dersom det ved denne kontrollen oppdages at noen har reist uten gyldig pass eller visum, eller eventuelt har falske reisedokumenter, er det flyselskapet som må ta ansvar for å få sendt vedkommende ut av landet igjen, og som må ta den økonomiske byrden ved denne returen, samt for eventuell kost og losji før returen. I tillegg vil flyselskapet, for å ha latt noen uten gyldige reisedokumenter få innreise til landet, motta en bot fra den respektive staten. Sanksjoner mot transportører er altså satt i et system med både lovgivning, kontroll og straff, hvilket kan forklares med praksisens viktige rolle i statenes reelle behov for immigrasjonskontroll.

Til tross for det brede juridiske grunnlaget for sanksjoner mot transportører og at praksisen er svært utbredt, finnes det motstand i teorien. Blant annet har FNs høykommisær for flyktninger uttalt særlig bekymring over «all measures applied by a State, outside its national territory, in order to prevent, interrupt or stop the movement of persons without the required documentation crossing international borders by land, air or sea, and making their way to the country of prospective destination»<sup>61</sup> da dette vil stride mot Flyktningkonvensjonen. Også «ECRE objects in the strongest terms to the very existence of carriers' liability, which strips many refugees of the possibility to reach a country of asylum»<sup>62</sup>. I det videre vil jeg fremstille noen problematiske sider ved sanksjoner mot transportører, særlig med tanke på potensielle asylsøkere, og som kan være i strid med folkeretten.

## 5.3 Delegering av ansvar for og fysisk forflyttelse av grensekontroll

Grensekontroll er tradisjonelt en form for offentlig myndighetsutøvelse. Slik kontroll utføres ved en stats grense, og er utført av myndighetsorganer som er autorisert til nettopp slike oppgaver, typisk tollvesen og politi. Ved sanksjoner mot transportører flyttes denne kontrollen fra statens grense, til utallige mulige steder rundt omkring i verden. I tillegg går kontrollen fra å utøves av myndighetene, til å være ansatte i private transportselskaper sitt ansvar. ECRE har uttalt at det er særlig

---

61 UNHCR 'Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and recommendations for a comprehensive approach', EC/50/SC/CRP.17.2000 s.2 punkt 10

62 ECRE, 'Defending Refugees...', op.sit., s.30

problematisk at «carrier sanctions confer on private actors responsibilities which by nature pertain to public authorities. They privatise functions in the field of migration control to non-state agents that cannot be held accountable for ensuring the rights of refugees under international law»<sup>63</sup>.

Dette er et svært viktig poeng. Hvor stater er forpliktet av en rekke folkerettslige instrumenter, og særlig til å beskytte menneskerettigheter, må private selskaper bare respektere dem. Det vil dermed innebære en svekkelse av opprettholdelsen av folkeretten at grensekontrollen blir delegert til private aktører. Det har blitt argumentert for at stater som innfører sanksjoner mot transportører ikke oppfyller sine folkerettslige forpliktelser, da særlig i forhold til flyktninger og asylsøkere, «because of both the intention found in the implementation of carrier sanctions and the responsibility of the state to *protect* (rather than just *respect* as in the case of private enterprises) human rights»<sup>64</sup>.

Da asyl vanligvis kan søkes så fort man befinner seg på en stats territorium, vil sanksjoner mot transportører ha stor effekt på migranter i nødsituasjoner, hvilket typisk vil være potensielle asylsøkere, da de hindres i å reise om de har tvilsomme papirer. Dette særlig da, som UNHCR har uttalt, «in view of visa regulations and other entry restrictions, many persons seeking protection are compelled to enter the EU [eller andre stater] in an irregular manner»<sup>65</sup>. Det er også verdt å nevne at mange asylsøkere er flyktninger fra myndighetene i sitt hjemland, hvilket kan gjøre det svært vanskelig for dem, om ikke umulig, å skaffe seg pass eller annen gyldig legitimasjon. Manglende reisedokumenter kan således være nettopp et tegn på at vedkommende har et reelt beskyttelsesbehov, men det vil da brukes som et grunn til å nekte vedkommende innreise i et land som kan gi beskyttelse.

### **5.3.1 Økonomisk motivasjon**

Det forventes ikke at ansatte i et flyselskap skal opptre som immigrasjonsoffiserer, men praktisk sett er de som kontrollerer reisedokumentene verken kvalifisert eller autorisert til å ta med de menneskerettslige forpliktelsene til staten i vurderingen. Transportører blir tvunget til å ta økonomisk ansvar for humanitære avgjørelser, både for personer som ødelegger papirene på reisen og for personer med forfalskede dokumenter.

Selv om det finnes situasjoner hvor transportselskaper kan fritas fra sanksjoner (som særlig nevnt under 5.1.4), kan de aldri være sikre på dette. «As a result, situations can occur in which carrier

---

63 Ibid, s.30

64 Bloom og Risse, op.sit, s. 73-74

65 UNHCR 'Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals', s.2

personnel are *de facto* required to determine whether a person has a valid claim for international protection upon arrival in the state of destination. This means that carrier or airport personnel, who are often not trained immigration officers, bear the burden of deciding *prima facie* often complex and difficult asylum claims»<sup>66</sup>. Dersom vedkommende søker asyl ved ankomst, og senere får søknaden innvilget, kan selskapet altså fritas fra bøter. Stater bruker imidlertid lang tid på å behandle asylsøknader, og at 'Guro' som jobber for SAS skal klare å gjøre den samme vurderingen ved innsjekk, er helt urimelig.

«Forcing carriers to verify visas and other travel documentation helps to shift the burden of determining the need for protection to those whose motivation is to avoid monetary penalties on their corporate employer, rather than to provide protection to individuals»<sup>67</sup>. Dette synet får støtte hos Goodwin-Gill og McAdam; «[t]he priorities of for private, commercial carriers are more likely to be the validity of documents and the avoidance of fines, than the assessment of protection needs»<sup>68</sup>. Da transportører som profittbaserte selskaper naturlig nok ønsker å unngå bøter, er det rimelig å anta at de i frykt for sanksjoner motiveres til å være ekstra nøye når de sjekker reisedokumenter, og at de i tvilsituasjoner velger å være forsiktige og dermed nekte adgang. Praksisen kan dermed redusere adgangen til innreise mer enn nødvendig etter nasjonal lovgivning. Dette er i sin tur særlig problematisk i forhold til asylsøkere, da de representerer en gruppe som teoretisk sett er lovlig berettiget å handle i strid med grenseregler, jf. Flyktningkonvensjonen art. 31 (1). Etter ordlyden er det ikke åpenbart at å gi bøter til transportører står i motstrid til Flyktningkonvensjonen art. 31 (1), men det har blitt påstått at det synes tydelig å stå i motstrid til tanken bak artikkelen<sup>69</sup>.

Jeg slutter meg til følgende konklusjon rundt disse reglene: «As a result, these standards discourage airlines from taking any risk in transporting undocumented migrants, including asylum seekers»<sup>70</sup>.

### **5.3.2 Immigration Liaison Officers (ILOs)**

Etter at sanksjoner mot transportører ble vanlig praksis, har det blitt iverksatt tiltak for å bedre utruste ansatte i flyselskaper til å fatte disse vanskelige avgjørelsene. International Air Transport Association tilbyr trening og kurs blant annet for hvordan man skal sjekke reisedokumenter og avdekke falske og/eller stjålne dokumenter<sup>71</sup>. I noen tilfeller, for eksempel ved migrasjon til

---

66 Rodenhäuser, op.sit, s.229

67 UNHCR 'Position on Conventions Recently Concluded in Europe (Dublin and Schengen Conventions)' 16 August 1991

68 Guy S.Goodwin-Gill og Jane McAdam, *The refugee in international law*, 3. utgave, Oxford University Press, New York 2007, s.377

69 Bloom og Risse, op.sit, s.73

70 Rodenhäuser, op.sit, s.227

71 <http://www.iata.org/training/courses/Pages/passenger-document-checks-tapp34.aspx>



Nederland og i noen tilfeller Belgia og Storbritannia, har Immigration Liaison Officers (ILOs) blitt plassert på visse steder utenlands, for å begrense antall udokumenterte migranter fra det respektive landet. ILOs skal tilby trening til ansatte i flyselskaper, utføre sjekk av reisedokumenter og kan deretter gi sin anbefaling til flyselskapet om hvorvidt en person bør tillates innreise eller ikke. Den endelige beslutningen, og dermed også ansvaret for beslutningen, ligger fortsatt hos flyselskapet<sup>72</sup>.

Det er klart en forbedring i praksisen at stater har ILOs tilstede på utenlandske flyplasser for å gi råd til ansatte i flyselskaper, men denne praksisen er enda ikke utbredt nok til å utgjøre en reell forskjell. Videre endrer ikke en praksis med ILOs på at den endelige avgjørelsen om innreise eller utestengelse ligger hos det private transportselskapet, og at staten overhodet ikke tar ansvar for disse avgjørelsene. Det er også usikkert om det er riktig å kalle ILOs rolle som rent rådgivende, når tall fra nederlandske ILOs i 2004 viste at flyselskapene fulgte rådene til ILOs i 99% av tilfellene<sup>73</sup>. Dette kan imidlertid kanskje forklares med praksisen om at hvor flyselskapene handlet i strid med råd fra en ILO, så ville nederlandske myndigheter få beskjed om dette, slik at de kunne kontrollere det aktuelle flyet ved ankomst<sup>74</sup>.

#### 5.4 Draft Articles

Det har blitt uttalt at «carrier sanctions serve as a means for states to avoid international responsibility for denying protection to refugees by delegating immigration control functions to non-state actors and thereby making attribution unlikely»<sup>75</sup>. Det er imidlertid ikke helt sikkert at denne delegeringen faktisk fritar statene for ansvar. ECRE har uttalt at ved å innføre sanksjoner mot transportører «EU countries [og andre land] seek to avoid the international and constitutional restrictions that would normally apply to state agents carrying out similar functions. ECRE emphasises that even when non-state agents have been engaged states are responsible under international law»<sup>76</sup>.

I FNs Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (Draft Articles), fremgår det av artikkel 2:

*«There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or*

---

72 Sophie Scholten og Paul Minderhoud 'Regulating Migration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands', *European Journal of Migration and Law* 10 (2008), s.137-138

73 Ibid

74 Ibid

75 Rodenhäuser, op.sit, s.230

76 ECRE, 'Defending Refugees...', op.sit, s.30

*omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State».*

Spørsmålet blir dermed om 'wrongful acts' begått av transportører når de utfører sine plikter under reglene om sanksjoner mot dem, kan tilskrives staten. Ved vurdering av tilskrivelse, må man starte med «the fundamental principle governing the law of international responsibility: a State is responsible only for its own conduct, that is to say the conduct of persons acting, on whatever basis, on its behalf»<sup>77</sup>. Handlinger begått av privatpersoner er dermed i prinsippet ekskludert. Det finnes imidlertid to unntak i the Draft Articles.

Det første unntaket er i artikkel 5:

*«The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance».*

Ifølge kommentarene til Draft Articles, kan en slik 'entity' være et privat selskap «provided that in each case the entity is empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs»<sup>78</sup>. Spørsmålet blir dermed om å kontrollere reisedokumenter og nekte adgang til territorier er funksjoner som vanligvis utføres av staten. EMD har uttalt at stater har «the undeniable sovereign right to control aliens' entry into and residence in their territory»<sup>79</sup>, hvilket er i tråd med den tradisjonelle oppfatningen av at immigrasjonskontroll er en del av en stats suverene rettigheter. Konklusjonen må dermed være at immigrasjonskontroll er en offentlig funksjon som vanligvis utøves av statlige organer.

Kommentarene til Draft Articles uttaler videre at «Of particular importance will be not just the content of the powers, but the way they are conferred on an entity, the purposes for which they are to be exercised and the extent to which the entity is accountable to government for their exercise»<sup>80</sup>. Som en følge av bestemmelsene vist til under 5.1, «states oblige carriers under domestic law to conduct elements of immigration control. Moreover, accountability mechanisms are

---

<sup>77</sup> *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ-dom fra 26 februar 2007, punkt 406

<sup>78</sup> International Law Commission, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries', 2001, punkt 2 under art.5

<sup>79</sup> *Amuur v. France*, EMD-dom fra 25 juni 1996, Application no. 19776/92, § 41

<sup>80</sup> ILC 'Draft Articles...', op.sit, punkt 6 under art.5

effectively in place»<sup>81</sup>. Dermed følger det at «[c]arrier liability legislation confers parts of the state's authority on private entities by obliging them to carry out this part of the state's sovereign rights»<sup>82</sup>.

Konklusjonen blir dermed at stater er ansvarlige for 'international wrongful acts' begått av transportører som oppfyller sitt ansvar etter lovgivning om sanksjoner mot transportører.

Det andre unntaket finnes i artikkel 8:

«The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct».

ICJ har funnet at denne bestemmelsen er del av internasjonal sedvanerett<sup>83</sup>. En enhets handling var under 'direction or control' av en stat, og kan tilskrives staten, «only if it directed or controlled the specific operation and the conduct complained of was an integral part of that operation»<sup>84</sup>. Det kan argumenteres for at all den tid staten ikke kontrollerer hver enkelte mulige avvisning av asylsøkere, og ikke har mulighet til å bryte inn på tidspunktet da en slik beslutning fattes, er ikke statens kontroll omfattende nok til å komme over terskelen. På den annen side, når en transportør utfører dokumentkontroll og avviser udokumenterte passasjerer (inkludert asylsøkere), «a situation of control on the side of the state and dependency on the side of the carrier exists. As a result, it could be concluded that the carrier acts under the direction or control of the state»<sup>85</sup>.

Goodwin-Gill og McAdam har tatt stilling til delegeringen av grensekontroll under sanksjoner mot transportører, og uttaler følgende; «As a matter of international law, States cannot contract out or 'privatize' their legal obligations: they may contract out performance, but not responsibility»<sup>86</sup>. De uttaler videre at selv om sanksjoner mot transportører flytter deler av immigrasjonskontrollen over på private selskaper, «this does not absolve States of responsibility if asylum seekers are denied the right to leave a country and/or subjected to refoulement»<sup>87</sup>. Jeg kan dermed slutte meg til

Rodenhäusers konklusjon rundt temaet:

«It follows that when scrutinizing the conduct of private carriers under international law, this is done on the assumption that their conduct is attributable to the state that issued carrier sanction legislation. Therefore, the private carrier's conduct may engage the state's international

---

81 Rodenhäuser, op.sit, s.232

82 Ibid

83 *Case Concerning ... Crime of Genocide*, op.sit, punkt 398

84 ILC 'Draft Articles...', op.sit, punkt 3 under art.8

85 Rodenhäuser, op.sit, s.234

86 Goodwin-Gill og McAdam, op.sit, s.386

87 Ibid

responsibility»<sup>88</sup>. Dette synes å være den rimeligste løsningen, da den delegerte oppgaven er fundamentalt statlig og ivaretar statens interesser.

### 5.5 *Refoulement*

«By preventing migration at the source and therefore by making sure that would-be asylum-seekers do not reach the territory of receiving countries, governments no longer have to refuse possible asylum-seekers and other migrants at the border. They no longer need to expel failed asylum claimants – with the risk of violating the prohibition of *refoulement* – they simply make sure that they cannot reach the border»<sup>89</sup>. Dette er et godt poeng, og er nok også en av grunnene til at sanksjoner mot transportører har blitt så utbredt. Gjennom sanksjoner mot transportører foregår det fortsatt *refoulement*, men da det gjennomføres av private selskaper anser statene seg som fri fra ansvar. Som vi har sett under 5.4, er dette likevel ikke alltid tilfellet.

The principle of *non-refoulement* can (...) be seen to have crystallized into a rule of customary international law, the core element of which is the prohibition of *return in any manner whatsoever* of refugees to countries where they may face persecution. The scope and application of the rule are determined by this essential purpose, thus regulating State action *wherever* it takes place»<sup>90</sup>. Vi har allerede sett at når transportører utfører handlinger som kan karakteriseres som immigrasjonskontroll, kan deres handlinger tilskrives staten som pålegger sanksjoner mot transportøren i det aktuelle tilfellet. Det følger da at transportpersonalets handlinger «becomes an «act of state», and thus for all purposes under international law such conduct is considered as if it were carried out by the state itself»<sup>91</sup>.

For å vurdere hvorvidt en stat har brutt menneskerettighetene, må det fastslås at staten har utøvd sin jurisdiksjon i det aktuelle tilfellet. Når det gjelder tilfeller hvor staten er ansvarlig for en transportør sine handlinger, vil alle potensielle brudd på internasjonal lov ha skjedd utenfor statens territorium. Som vi har sett fra EMDs praksis, kan en stat utøve sin jurisdiksjon overfor personer utenfor eget territorium. I *Hirsi*-saken var dette tilfellet, men å bli tatt ombord i et militært skip skiller seg ganske skarpt fra en immigrasjonskontroll før ombordstigning i fly, tog eller båt. I *Al-Skeini*-saken uttaler EMD om vurderingen av slik 'extraterritorial jurisdiction' overfor personer at «[wh]at is decisive in such cases is the exercise of physical power and control over the person in question»<sup>92</sup>.

---

88 Rodenhäuser, op.sit, s.234

89 Scholten og Minderhound, op.sit, s.129

90 Goodwin-Gill og McAdam, op.sit, s.248.

91 Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press 2011, s.193

92 *Al-Skeini*, op.sit, § 136

Dette stemmer godt med situasjonen og utfallet i *Hirsi*-saken. Det ser dermed ut som om EMD har satt opp en terskel hvor utøvelse av effektiv kontroll, gjerne gjennomført gjennom frihetsberøvelse, for å etablere jurisdiksjon overfor personer utenfor eget territorium. Man må altså i høy grad utøve kontroll over en person, og det kreves dermed mer enn å nekte ombordstigning.

Det kan imidlertid argumenteres for at denne terskelen senkes. Dersom man tenker konsekvens, er det ikke store forskjeller mellom å stoppes på grensen, få avslag på en asylsøknad, eller å nektes ombordstigning. Det utøves makt og kontroll over et individ sitt fremtidige liv, og hvorvidt denne kan få unnsnippe forfølgelse. Det er vanskelig å se at kontrollsituasjonen ved ombordstigning kan møte EMDs 'physical power and control' terskel, men det finnes grunner til å senke terskelen. «Human rights treaties have the object and purpose to protect the individual from violations of his or her inherent rights. It would be overly restrictive to deny any state responsibility where the conduct of state agents effectively leads to *refoulement* of asylum seekers»<sup>93</sup>. Dette særlig da prinsippet om *non-refoulement* anses for å være folkerettslig sedvane.

## **5.6 Sanksjoner mot transportører som middel mot smugling og menneskehandel**

Det har tidligere i oppgaven blitt vist til protokoller mot smugling og menneskehandel, hvor krav om sanksjoner mot transportører pålegges stater. Dette da som et middel for å bekjempe smugling og menneskehandel, ved å forhindre at private transportselskaper brukes til dette formålet. Noen juridiske teoretikere har på denne bakgrunnen ansett restriksjoner mot transportører som et positivt tiltak. Streng kontroll av reisedokumenter kan absolutt hjelpe til med å forstyrre slik virksomhet. Dersom en person som er et offer for menneskehandel eller smugling blir stoppet fra å gå ombord i et fly grunnet manglende eller eventuelt falske reisedokumenter, vil denne da (om enn midlertidig) hindres i å forlate landet. Dette setter da effektivt en stopper for den kriminelle virksomheten, enten det er smugling eller menneskehandel.

Det finnes imidlertid teoretikere som er kritiske til sanksjoner mot transportører som virkemiddel for å hindre slik kriminell, internasjonal virksomhet. Det har blitt argumentert for at dette er en lite effektiv måte å bekjempe slik kriminell virksomhet på, og at det gjør svært lite for å beskytte ofrene for virksomheten. Dette da ansatte i for eksempel et flyselskap vanligvis ikke undersøker hvorvidt en person som nektes avreise er et offer for menneskehandel eller smugling, og ei heller er påkrevd å varsle myndighetene når de hindrer et potensielt offer for menneskehandel å reise. «In practice, victims of trafficking rejected by carrier personnel will not be able to travel but will remain under

---

93 Rodenhäuser, op.sit, s.245

the acute threat of being trafficked by other means»<sup>94</sup>. Dette argumentet kan underbygges ved å se på situasjonen i Europa i dag. Jeg har ikke funnet tall på hvor mange ofre for menneskehandel eller smugling man antar tar seg inn i Europa med fly, men antall ofre for menneskehandel og/eller smugling som har blitt sendt ut i overfylte båter over Middelhavet, har det siste året være skyhøyt. Det er derfor lett å si seg enig i at «it can be argued that the use of measures like carrier sanctions even increases the market available for trafficking enterprises, as it reduces the available safe ways to make such journeys»<sup>95</sup>.

Sanksjoner mot transportører kan gjøre nåløyet enda smalere for utsatte personer, ved at transportselskapene legger seg på en strengere linje ved dokumentkontrollen enn det som kreves av nasjonal lovgivning, grunnet frykten for å bli sanksjonert. Under påskuddet at man ønsker å bekjempe internasjonal kriminalitet, kan det derfor se ut til at stater som er populære destinasjoner for migranter (typisk vest-europeiske land) har klart å skjerpe migrasjonspolitikken internasjonalt. «Rejecting a person at the point of embarkation without further investigation does not address the crime of smuggling but, enhances border control»<sup>96</sup>. Hathaway støtter dette synet ved sitt standpunkt om at ved hjelp av Anti-Smuggling protokollen «destination states from the Global North have succeeded in convincing states of origin and transit states to make their migration legislation more restrictive, thereby facilitating destination states' immigration policies»<sup>97</sup>. Dette har allerede blitt drøftet under artikkelen om «hidden coercion» i grensekontrollen, men det er interessant å se at teoretikere ender opp på samme sted selv når utgangspunktet er bekjempelse av smugling og menneskehandel. At sanksjoner mot transportører kan brukes til dette formålet er rimelig klart, men det synes ikke som et spesielt effektivt virkemiddel, særlig ikke når det gjelder hvem som faktisk påvirkes av praksisen. Det er jo ikke menneskehandlere eller smuglere selv som stoppes fra å reise, men ofrene for slik virksomhet. Det kan faktisk hende at man ved å stoppe en person som får hjelp av smuglere til å forlate et land, setter vedkommende i større fare – både ved at mulig forfølgelse fortsatt kan være aktuelt i landet, eller ved at smuglerne må finne farligere måter å få vedkommende ut på.

---

94 Rodenhäuser, op.sit, s.228

95 Bloom og Risse, op.sit, s.75

96 Rodenhäuser, op.sit, s.228

97 James C. Hathaway 'The Human Rights Quagmire of Human Trafficking', *Virginia Journal of International Law* 49, no. 1, 2008, s.25-35

## 6. Konklusjon

Om man hadde fjernet krav om visum, kan man anta at flyktningstrømmen hadde økt i rimelig stor grad, da potensialet for flyktninger i verden er stort, og mange av disse hadde hatt råd til en flybillett. Dette kunne også ha åpnet for større misbruk av asylinstituttet, dog er det rimelig å anta at når man etter tid så at personer uten et reelt beskyttelsesbehov ble returnert, ville dette blitt mindre attraktivt. Videre kan man argumentere for at uten trusselen om sanksjoner, ville private transportselskaper i større grad sett gjennom fingrene på manglende reisedokumentasjon og kanskje fokusert mer på humanitære vurderinger, og dermed også ha økt pågangen av asylsøkere. Det synes likevel som at disse statlige og regionale tiltakene ligger i en folkerettslig gråsoner – hvor de ikke direkte bryter folkeretten eller deres menneskerettslige forpliktelser, men hvor de heller ikke beskytter dem, særlig da retten til asyl, slik stater er forpliktet til å gjøre. Det eneste tiltaket jeg har undersøkt hvor retten til asyl nå ivaretas, er avskjæring til sjøs, og det bare de siste få årene siden EMDs strenge dom mot praksisen i *Hirsi*-saken.

Et stort problem med alle disse tiltakene, er at de ved å lukke alle lovlige dører indirekte har åpnet døren til et enormt marked for menneskesmuglere. Migranter betaler i dyre dommer for å fraktes på alle mulige ulovlige måter til Europa, menneskesmuglerne er brutale og bruker ofte kidnappinger for å få enda mer penger ut av migrantene. På den annen side, gir menneskesmuglere mange mennesker mulighet til å søke asyl, ved å få dem inn i Europa<sup>98</sup>. Hvorvidt man ser på menneskesmuglere som et gode eller et onde er for såvidt irrelevant, da de utgjør et ulovlig marked, og det er et paradoks at vi i Europa har åpnet dette markedet ved å stenge alle andre veier for de vi har lovet å beskytte.

Staters reelle behov for immigrasjonskontroll kan ikke bestrides, og er klart viktig for å opprettholde lov og orden, og ikke minst innbyggernes plikter og rettigheter. Stater trenger kontroll over hvem som befinner seg på deres territorium, for å kunne utøve sin myndighet på en god måte. Samtidig har disse statene forpliktet seg til å beskytte retten til å søke og nyte asyl. Denne retten kan utgjøre en forskjell på liv og død for individene det gjelder. Jeg har ingen løsning på hvordan man best ivaretar begge disse kryssende hensynene. Europa kan ikke åpne grensene og ta imot alle verdens flyktninger i morgen. Samtidig, mener jeg, kan vi ikke fortsette å operere i slike gråsoner som visum-reglementet og sanksjoner mot transportører utgjør. Vi må være ryddigere enn dette, og finne bedre måter å ivareta menneskerettighetene på enn å la de være i en løpende konflikt med statlige interesser. Dette blir særlig viktig når 'non-entry' tiltakene går på akkord med retten til asyl

---

98 [http://www.nrk.no/norge/forsker\\_-\\_menneskesmuglere-hjelper-dem-som-trenger-beskyttelse-1.12681297](http://www.nrk.no/norge/forsker_-_menneskesmuglere-hjelper-dem-som-trenger-beskyttelse-1.12681297)

og prinsippet om *non-refoulement*, som kan sees på som uttrykk for folkerettslige sedvanerett.

I Norge advares det mot at vi ikke kan ta imot flere flyktninger, da kostnaden av disse vil gå utover våre nasjonale velferdsordninger. Denne argumentasjonen minner om klagen til turistene på Lesbos fra tidligere i høst; det var svært ubeleilig at flyktninger stadig kom i land og at provisoriske flyktningeleirer var satt opp i området rundt, når turistene forsøkte å hygge seg på ferie og ikke ville tenke på slike fæle ting. Det er liv eller død på den ene siden, og privilegier på den andre. Satt på spissen er det ikke vanskelig å si hva som veier tyngst, men denne spissen slipes ned av forskjellige hensyn. Dette selv om både nasjonal og internasjonal lovgivning ikke levner noen tvil – menneskerettigheter kommer først og etter internasjonal strafferett er det straffbart å bryte dem.



## 7. Litteraturliste

Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero publisher, Bergen 2000

Johannes Morsink 'World War Two and the Universal Declaration', *Human Rights Quarterly*, 1993, Vol.15 No.2

Maria-Teresa Gil-Bazo 'Asylum as a General Principle of International Law', *International Journal of Refugee Law*, 2015, Vol.27, No.1

Maarten Den Heijer, Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case, *International Journal of Refugee Law*, 2013, Vol.25, No.2

Guy S. Goodwin-Gill 'The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of *Non-Refoulement*', *International Journal of Refugee Law*, 2011, Vol.23 No.3

Tilman Rodenhäuser 'Another Brick in the Wall: Carrier Sanctions and the Privatization of Immigration Control', *International Journal of Refugee Law*, 2014, Vol.26 No.2

Tendayi Bloom og Verena Risse 'Examining hidden coercion at state borders: why carrier sanctions cannot be justified', *Ethics & Global Politics*, 2014 Vol.7 No.2

European Council of Refugees and Exiles, 'Defending Refugees' Access to Protection in Europe', 2007, s.29

UNHCR 'Interception of Asylum-Seekers and Refugees: The International Framework and recommendations for a comprehensive approach', EC/50/SC/CRP.17.2000

UNHCR 'Position on the Proposal for a Directive on Common Standards and Procedures in Member States for Returning Illegally Staying Third-Country Nationals'

UNHCR 'Position on Conventions Recently Concluded in Europe (Dublin and Schengen Conventions)' 16 August 1991

Guy S. Goodwin-Gill og Jane McAdam, *The refugee in international law*, 3. utgave, Oxford

Univerity Press, New York 2007

Sophie Scholten og Paul Minderhound 'Regulating Migration Control: Carrier Sanctions in the Netherlands', *European Journal of Migration and Law* 10 (2008)

International Law Commission, 'Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries', 2001

Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press 2011

James C. Hathaway 'The Human Rights Quagmire of Human Trafficking', *Virginia Journal of International Law* 49, no. 1, 2008

<http://www.norway-coe.org/>

<https://www.regjeringen.no/no/tema/asylsituasjonen/innvandring/innsikt/internasjonalt-samarbeid-om-innvandringspolitikk/id2001684/>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A133020>

<https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema/schengen-i-praksis/id692069/>

[http://www.nrk.no/norge/forsker\\_-\\_menneskesmuglere-hjelper-dem-som-trenger-beskyttelse-1.12681297](http://www.nrk.no/norge/forsker_-_menneskesmuglere-hjelper-dem-som-trenger-beskyttelse-1.12681297)