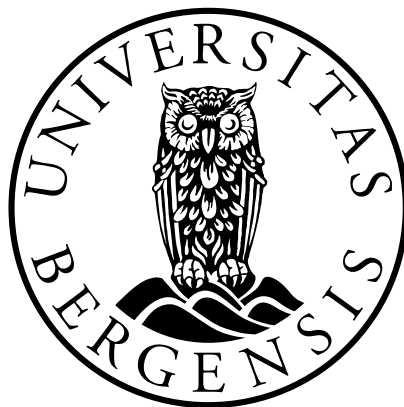


**Lovligheten etter EMK av fysiske tiltak for å hindre asylsøkere  
tilgang til en europeisk medlemsstats territorium og asylprosedyre**

Kandidatnummer: 209469

Antall ord: 13925

*(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen.  
Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)*



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[Dato = innleveringsfrist]



# Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse .....	2
1 Innledning.....	<b>Feil! Bokmerke er ikke definert.</b>
1.1 Presisering og avgrensning av emnet.....	3
1.2 Nærmere om problemstillingen.....	6
1.3 Den videre fremstilling.....	7
2 Oppgavens tema i en litt større kontekst.....	9
2.1 Et kort rettshistorisk tilbakeblikk .....	9
2.2 Politiske føringer og debatt.....	10
2.3 Intern EMK-rettslig kontekst i relasjon til asyl .....	11
2.4 Avgrensning mot summariske asylprosedyre.....	13
3 Rettskilder og tolkningsmetode .....	15
3.1 Kort om rettskilder .....	15
3.2 EMDs tolkningsmetode – effektivitetsprinsippets betydning .....	16
4 Lovligheten av fysiske tiltak for å forhindre tilgang til territoriumet .....	19
4.1 Betydningen av statens jurisdiksjon - jurisdiksjonsbegrepet.....	19
4.2 Nektelse av tilgang til en reell asylprosedyre på eget territorium.....	24
4.3 Nektelse av tilgang til en reell asylprosedyre på eget territorium.....	27
4.4 Fysisk avskjæring utenfor eget statsterritorium på det åpne hav .....	28
4.5 Nærmere om enkelte spørsmål som ikke er direkte løst gjennom EMDs rettspraksis .....	32
5 Konklusjon.....	37
Litteraturliste .....	39

# 1 Innledning

## 1.1 Presisering og avgrensning av emnet

Retten til å søke og nyte godt av asyl i et annet land mot forfølgelse i hjemlandet er nedfelt i artikkel 14 i FNs verdenserklæring (VEM).<sup>1</sup> Begrunnelsen for denne bestemmelsen er at utsatte personer skal ha en mulighet til å unnsnippe alvorlige overgrep i hjemlandet ved å flykte ut av landet. Prinsippet ble fulgt opp og rettsliggjort gjennom FNs flyktningkonvensjon (FK),<sup>2</sup> som definerer hvem som er flyktning, flyktningers rettigheter og hvilke plikter en medlemsstat har overfor flyktninger. En grunnleggende rettighet for flyktningen og plikt for staten er at en flyktning ikke skal bli presset tilbake eller returnert til forfølgelse, jf. FK artikkel 33 (non-refoulement).

Verken FNs verdenserklæring eller flyktningkonvensjon gir likevel rett til forhåndstilsagn (visum) om beskyttelse eller til innreise for å søke asyl på territoriet til et annet land. I dag er det normalt heller ingen land som tillater personer å søke asyl mens vedkommende fortsatt er i hjemlandet, selv om det unntaksvis hender at en person gis tilgang til et annet lands ambassade og får beskyttelse der. Dette betyr litt enkelt sagt at det folkerettslige systemet er slik at asylsøkere først må komme seg fysisk til en annen stats territorium, for så å søke asyl. Det synes å være enighet om at flyktningkonvensjonen supplert av de alminnelige menneskerettigheter har som konsekvens at en stat må behandle en asylsøknad når søkeren befinner seg på statens territorium. Også dette spørsmålet vil jeg likevel se nærmere på i relasjon til rettspraksis ved Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD). Det kan blant annet være interessant å se hvorledes denne konsekvensen begrunnes, for eksempel om begrunnelsen er knyttet til forestillinger om statlig myndighetsutøvelse eller statsuverenitet knyttet til statens eget statsterritorium.

Dersom en stat ikke ønsker asylsøkere velkommen, eller forsøker å forhindre at for mange asylsøkere kommer til landet, kan det bli spørsmål om hvilke preventive virkemidler og tiltak

---

<sup>1</sup> Universal Declaration of Human rights, (VEM), 10 December 1948.

<sup>2</sup> Convention relating to the Status of Refugees, (FK), 28 July 1951.

staten kan benytte. Dette er fra ett perspektiv et faktisk og politisk spørsmål. Men spørsmålet er også hva en potensiell mottakerstat lovlig kan gjøre, uten å krenke folkeretten.

Denne oppgaven tar sitt utgangspunkt i det siste spørsmålet. Men den er begrenset til spørsmålet om lovligheten etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) av fysiske tiltak for å hindre asylsøkere tilgang til en europeisk medlemsstats territorium og asylprosedyre.<sup>3</sup> Oppgaven ville ellers blitt for omfattende. Samtidig er EMK, særlig på grunn av rettspraksis fra EMD, i seg selv en viktig folkerettslig ramme for europeiske staters håndtering av asylsøkere. I norsk rett er EMK i sin helhet inkorporert gjennom menneskerettsloven. Flere av bestemmelsene i Grunnlovens kapittel om menneskerettigheter har også et viktig motstykke i EMK. Når det er sagt, skal denne oppgaven ikke handle om norsk rett, men om hva som følger av EMK-retten som sådan. Oppgaven er dermed folkerettslig og menneskerettslig, hvor rettsutviklingen er preget av EMDs avgjørelser. Det er alminnelig kjent at EMDs dommer både kan være rettsavklarende og rettsutviklende (normskapende), jf. noe utdypende om enkelte metodespørsmål nedenfor i kapittel 3.

Lovligheten av de aktuelle tiltak for å avskjære eller på annen måte hindre asylsøkeres ankomst, skal i denne oppgaven særlig vurderes opp mot EMK artikkel 3 (forbudet mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, artikkel 13 (effektivt rettsmiddel) og fjerde tilleggsprotokoll artikkel 4 (forbudet mot kollektiv utvisning). Det kan være grunn til å nevne allerede her at EMK artikkel 3 ifølge EMDs rettspraksis både har en materiell og en prosessuell side, hvor begge sider har interesse for vårt emne. Selv om også andre bestemmelser kan være relevante, er det disse bestemmelsene som har stått mest sentralt når lovligheten av staters fysiske tiltak har vært vurdert av EMD. Det vil i denne oppgaven bli gjort rede for bestemmelsene i EMK der de forekommer i de aktuelle sakene, fordi denne oppgaven handler om anvendelsen av disse rettighetene i en bestemt sammenheng og ikke om den generelle tolkningen.

Selv om denne oppgaven altså fokuserer på faktiske situasjoner i form av fysiske tiltak, som for eksempel innstallering av gjerder, fysisk avskjæring av asylsøkere før de når grensen og avvising av asylsøkere på grensen med makt, vil det i mange tilfeller kunne være en nær sammenheng mellom fysiske tiltak og rettslige virkemidler som en stat tar i

---

<sup>3</sup> European Convention on Human Rights, 4 November 1950 (EMK).

bruk for å hindre eller redusere ankomst av asylsøkere.

Ved noen av de tiltak som iverksettes for å forhindre asylsøkere tilgang til territorium for asylprosedyre, har staten lagt størst vekt på rettslige virkemidler. Slike rettslige virkemidler omfatter krav om visum (forhåndsgodkjent innreise) fra land med mange flyktninger, avtaler med et annet land om å stoppe asylsøkere fra å reise gjennom landet for å søke asyl, avtaler med andre land om å ta tilbake asylsøkere som har reist gjennom landet, og økonomiske sanksjoner rettet mot transportselskaper for transport av potensielle asylsøkere uten nødvendige visum og reisedokumenter.<sup>4</sup> I andre tilfeller ligger hovedvekten på fysiske virkemidler, for eksempel bygging av en mur eller et høyt gjerde, eller fysisk bruk av makt for å stoppe, omdirigere eller returnere asylsøkere før de har fått tilgang til noen reell asylprosedyre. Med reell asylprosedyre siktes det ikke nødvendigvis til full realitetsbehandling av en asylsøknad. Dette har sammenheng med at en asylprosedyre i visse tilfeller kan være summarisk og likevel oppfylle menneskerettslige krav (se nærmere nedenfor i avsnitt 2.4).

Det er altså tilfellene av fysiske hinder søkelyset først og fremst skal rettes mot i denne oppgaven. I noen tilfeller kan det imidlertid tas i bruk kombinasjoner av rettslige virkemidler og fysiske hindringer, for eksempel etablering av gjerder på eller ved grensen i kombinasjon med avtale med nabolandet om at asylsøkere skal tas tilbake av nabolandet dersom de klarer å forsere gjerdet.<sup>5</sup> På grunn av den ofte nære sammenhengen mellom rettslige og fysiske tiltak, skal det i det følgende ikke gjøres noen skarp avgrensning mot slike mer kombinerte virkemidler eller tiltak som hindrer tilgang til territorium og en reell asylprosedyre.

Folkerettslig kan en stat i utgangspunktet nekte enhver person adgang til territoriet dersom vedkommende ikke har gyldig visum og reisedokumenter. Dette gjelder for utlendinger generelt. Flyktningretten danner et unntak fra denne hovedregelen, ved at en asylsøker som ankommer landet uten slike dokumenter allikevel kan ha rett til å få sin asylsøknad behandlet. Når antallet asylsøkere øker, skaper det et problem for mottakerstatene. En løsning for statene har vært å gjøre reisen for asylsøkere vanskeligere. Dette var bakgrunnen for at transportselskaper på 90-tallet ble sanksjonert, da passasjerene tidligere ikke ble kontrollert

---

<sup>4</sup> Erika Feller, "Carrier Sanction and International Law", *International Journal of Refugee Law*, 1 January 1989.

<sup>5</sup> *ND and NT v. Spain*, EMD dom fra 3. oktober 2017.

for annet enn reisebilletter.<sup>6</sup> I dag må passasjerer rutinemessig fremvise pass og visum for å kunne kjøpe billett eller få ombordstigningskort til et transportmiddel som krysser internasjonale grenser, enten det gjelder fly, båt, eller buss. Nektelse av legale transportmuligheter har medført at asylsøkere ofte må krysse grenser uautorisert og ved hjelp av menneskesmuglere.

Videre kan stater i kraft av sin suverenitet avtale med andre land om ikke å tillate personer uten gyldig reisedokumenter å passere deres grenser til vedkommende land. Dette er det folkerettslige grunnlaget for avtalen mellom EU og Tyrkia, hvor EU skal bidra til å finansiere integreringen av syriske flyktninger i Tyrkia mot at Tyrkia iverksetter asylprosedyrer og ikke tillater flyktninger å komme seg videre til Hellas.<sup>7</sup>

Dublin-avtalen er også et eksempel på flyktningrelatert avtaleinngåelse, mellom europeiske stater. Bakgrunnen for denne var at særlig Tyskland, som i mange år var det landet som mottok flest asylsøkere i Europa, begynte å inngå avtaler med nabostater om å ta tilbake asylsøkere som hadde passert gjennom landet før de kom til Tyskland. Dette utviklet seg til Dublin-avtalen mellom flere stater. Hovedregelen er at den europeiske stat en asylsøker først kommer til, blir ansvarlig for å realitetsbehandle denne personens asylsøknad selv om personer ikke ønsker å søke asyl der og reiser videre til et annet europeisk land.<sup>8</sup> Det er allment kjent at etter flyktningstrømmen i 2015 ble de første statene som tok imot flyktningene, typisk Italia og Hellas, overrumplet av det store antallet, slik at de ikke lenger holdt sin plikt etter avtalen til å registrere og ta tilbake asylsøkere. Dette førte til uenighet om fordeling av ansvaret for flyktninger i Europa, noe som truet bærekraftigheten av Dublin-avtalen. Andre stater begynte samtidig å legge større vekt på fysisk maktbruk for å stoppe asylsøkere fra å komme inn i landet.

Fordi det kan dreie seg om til dels nokså forskjellige tilfeller og komplekse situasjoner når flyktningstrømmer søkes håndtert, både rettslig og faktisk, har jeg som nevnt valgt å avgrense denne oppgaven til de tilfeller hvor hovedvekten ligger på fysisk maktbruk og fysiske hindringer. Oppgaven er også – som allerede nevnt – avgrenset til å vurdere lovligheten av de

---

<sup>6</sup> Theodore Baird, "Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trends in 10 Countries", *European Journal of Migration and Law*, 28 September 2017 [https://brill.com/view/journals/emil/19/3/article-p307\\_307.xml?lang=en](https://brill.com/view/journals/emil/19/3/article-p307_307.xml?lang=en)

<sup>7</sup> Andrea Ronsburg, "EU-Turkey migrant deal done", 18 March 2016. <https://www.dw.com/en/eu-turkey-migrant-deal-done/a-19127595>

<sup>8</sup> Regulation (EU) NO 604/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, 26 June 2013 (Dublin-avtalen).

fysiske tiltak etter EMK, selv om tilsvarende lovlighetsspørsmål også gjør seg gjeldende i relasjon til annen folkerett, som FNs flyktningskonvensjon.

## 1.2 Nærmere om problemstillingen

Problemstillingen for oppgaven kan dermed formuleres slik: Når er et fysisk tiltak eller bruk av makt for å hindre asylsøkere tilgang til statens territorium og en reell asylprosedyre lovlig eller ulovlig etter EMK? Det er altså de rettslige grenser for EMK-retten som skal forsøkes avklart. Sagt med andre ord: Hvor langt går EMK-retten i å begrense staters legale spillerom for bruk av fysiske virkemidler for nevnte formål? Spørsmålet skal forsøkes besvart i et gjeldende rett-perspektiv, ut fra EMK selv som en folkerettslig autonom konvensjon. Dette perspektivet er i denne oppgaven domstols- og nåtidsorientert, ved at EMDs rettspraksis er retningsgivende for EMKs normative rekkevidde per i dag.

Det er ellers antakelig flere måter å gå frem på når spørsmålet skal besvares. Man kunne for eksempel forsøke å analysere spørsmålet ut fra type fysiske tiltak. En annen tilnærming er å ta utgangspunkt i hvor asylsøkeren befinner seg da han eller hun utsettes for tiltaket eller maktbruken, eller omvendt, hvor er det staten utøver sin myndighet eller iverksetter sine fysiske tiltak? Jeg har valgt å ta utgangspunkt den siste tilnærmingen, men da slik at type fysiske tiltak trekkes inn i drøftelsen hvor det er av betydning.

Mer konkret drøfter oppgaven for det første de tilfeller hvor en person eller gruppe av personer har kommet seg inn på en stats territorium for å søke asyl, men blir tvunget ut av landet uten å ha fått anledning til å søke asyl. For det andre gjelder det tilfeller hvor asylsøkere hindres i å krysse grensen til det landet som er målet, gjennom fysiske tiltak som bygging av mur og innstallering av gjerder på eller ved grensen. For det tredje skal vi også se på de tilfeller hvor en stat bruker fysisk makt utenfor sitt eget statsterritorium for å hindre at asylsøkere får tilgang til statsterritoriet og asylprosedyrer.

Målsettingen for den EMK-rettslige analysen er å klarlegge hvor langt en stat kan gå i å iverksette aktive eller passive fysiske tiltak for å hindre asylsøkere tilgang til eget territorium og en asylprosedyre. Det dreier seg om å klarlegge gjeldende EMK-rett, ut fra den foreliggende rettspraksis fra EMD og de slutninger som kan trekkes av den. Selv om oppgaven slik den her er tilskåret bare er egnet til å besvare noen få av de rettsspørsmål som er relevante for flyktningers rett til å søke asyl og få beskyttelse, gjelder det etter min mening samfunnsviktige og juridisk interessant rettsspørsmål. Analysen kan også være av interesse



politisk sett, dersom en stat ønsker å gå så langt som det er rettslig mulig for å hindre asylsøkere tilgang til eget territorium og asylprosedyrer.

### **1.3 Den videre fremstilling**

Oppgaven er strukturert slik at kapittel 2 setter emnet inn i en litt større historisk, politisk og EMK-rettslig sammenheng. Formålet med dette kapitlet er likevel veldig beskjedent. Asylretten er et komplisert rettsområde med en lang historie, spesielt i et internasjonalt perspektiv. Det skal derfor bare gis noen korte glimt, for å vise at de spørsmål som behandles i denne oppgaven inngår i en større sammenheng. Noe nærmere oppgavens tema er de grunnleggende asylrettslige prinsipper og normer som er utviklet innenfor EMK i EMDs rettspraksis, som utgjør en viktig bakgrunn for de mer spesielle spørsmål som er vårt tema i denne oppgaven.

I kapittel 3 nevnes og drøftes enkelte utvalgte metodiske spørsmål ved tolkningen og anvendelsen av EMK, hvor kanskje særlig effektivitetsprinsippet – eller effektivitetshensynet – er viktig både for forståelsen av den relevante rettspraksis og fremtidige stridsspørsmål. Meningen er å peke på noen av momenter som fremkommer i den senere fremstilling av de aktuelle sakene, for å gjøre oppmerksom på at det her gjelder noen spørsmål som også er metodisk interessante og kanskje ikke endelig avgjort.

Oppgavens hoveddel er kapittel 4, som fremstiller og drøfter de mest direkte relevante dommene fra EMD. Først i dette kapitlet har det imidlertid vært nødvendig å drøfte begrepet «jurisdiksjon», fordi EMD i sin rettspraksis har lagt stor vekt på dette begrepet i vurderingen av et eventuelt EMK-rettslig ansvar for staten for de aktuelle fysiske tiltak (avsnitt 4.1). De direkte relevante dommene behandles deretter, ikke i kronologisk rekkefølge, men ut fra hvor asylsøkerne ble stoppet uten å ha fått tilgang til en reell asylprosedyre. Det første typetilfellet som skal behandles i kapittel 4 er derfor spørsmålet om en asylsøker i visse tilfeller med makt kan nektes tilgang til en reell asylprosedyre selv om asylsøkeren rent faktisk befinner seg innenfor statens territorium (se avsnitt 4.2). Deretter drøftes spørsmål om fysiske hindringer og maktbruk på grensen eller i grenseområdet mellom to land (4.3), og dernest spørsmålet om fremskutte hindringer og maktbruk klart utenfor eget statsterritorium (4.4). Til slutt drøftes enkelte spørsmål som ligger i forlengelsen av dommene, men som ikke har fått et klart svar i disse. Tilsammen synes rettspraksis fra EMD å angi noen viktige hovedlinjer og begrensninger i statenes frihet til å benytte fysiske hindringer og maktbruk for å stoppe

asylsøkere, selv om ikke alle spørsmål nødvendigvis er løst eller endelig avgjort sett i lys av at EMK og asylretten representerer dynamiske og til dels nokså politisk sensitive rettsområder.

Kapittel 5 runder av oppgaven med noen rettspolitiske vurderinger og avsluttende bemerkninger.

## 2 Oppgavens tema i en litt større kontekst

### 2.1 Et kort rettshistorisk tilbakeblikk

Å se på historien til retten vil kunne tjene forskjellige funksjoner i en rettsvitenskapelig avhandling, også når emnet er folkerettslig. Den historiske utvikling er blant annet nyttig som et bidrag til en mer generell forståelse av det system som de aktuelle folkerettsregler og begreper er en del av og den tradisjon som rettsreglene er bærere av. Rettshistorisk innsikt vil kunne gi et bredere grunnlag for vurdering av en mer konkret rettsutvikling innen folkeretten. Bakgrunnen for regelsettet (folkeretten) kan også informere om de interesser, verdier og forutsetninger som har bestemt utformingen av reglene, som igjen får virkning på den folkerettslige tolkningen. I relasjon til vårt emne her, er det kanskje de historiske hendelser knyttet til jødernes forsøk på å flykte fra Tyskland før annen verdenskrig som er mest relevante, hvor det er alminnelig kjent at de i mange tilfeller ble stoppet med fysisk maktbruk når de prøvde å krysse grensen til et av Tysklands naboland.<sup>9</sup> Dette var noe av bakgrunnen for bestemmelsen i artikkel 33 punkt 1 i FNs flyktningkonvensjon, hvor det i en norsk (ikke autentisk) oversettelse heter:

Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske forhold eller det forhold at han tilhører en bestemt sosial gruppe.<sup>10</sup>

Denne bestemmelsen knesetter prinsippet om non-refoulement, et begrep som er avledet av det franske ordet *refouler*, som betyr å drive tilbake, eller avskjære.<sup>11</sup> Tilsvarende regler er senere inntatt i for eksempel FNs torturkonvensjon artikkel 3, eller blitt innfortolket i bestemmelser som i utgangspunktet er av mer generell karakter. Som vi skal komme nærmere

---

<sup>9</sup> Se eksemplet omtalt i Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, Bergen, 2000, s. 646 (med henvisning til D. F. Vagts, Editorial Comment: Switzerland, *International Law and World War II*, *American Journal of International Law*, Vol. 91 No. 3, July 1997), om de flere tusen jødiske flyktninger som prøvde å flykte til Sveits via Frankrike i 1942, men som ble stoppet av sveitsiske grensevakter og tvunget tilbake.

<sup>10</sup> Se De Forente Nasjoners Høykommissær for flyktninger (UNHCR), *Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktnings rettsstilling i henhold til 1951-konvensjonen og 1967-protokollen om flyktnings rettsstilling*, [norsk oversettelse ved Norsk Organisasjon for Asylsøkere, utgitt med støtte fra Utenriksdepartementet og Justisdepartementet], Oslo 2003, s. 75.

<sup>11</sup> Se med videre henvisninger Einarsen, *op.cit.*, note 9, s. 96.

tilbake til i kapittel 4, gjelder dette blant annet EMK art. 3 og EMK artikkel 4 i fjerde tilleggsprotokoll (forbudet mot kollektiv utvisning). Det er imidlertid grunn til å nevne allerede her at den sistnevnte bestemmelsen, gjennom EMDs drøftelser i nylig avsaatte dommer refererer til bestemmelsens forarbeider som igjen viser generelt til historisk kjente situasjoner. Dette synes å være et konkret eksempel fra vårt emne på at historisk erfaring fortsatt kan bidra til å kaste lys over tolkningen og rettsanvendelsen i dagsaktuelle tilfeller knyttet til de senere års flyktnings situasjoner i Europa.

## 2.2 Politiske føringer og debatt om asylsystemet

Flyktningkrisen i 2015, med ankomst av over en million asylsøkere til Europa, mye grunnet krig og terror i Syria, medførte en rekke tiltak på nasjonalt nivå som det faller utenfor denne oppgaven å redegjøre nærmere for. Det er for vårt formål nok å konstatere at både rettslige og fysiske virkemidler ble brukt mer intensivt enn tidligere for å forsøke å redusere antallet asylsøkere på eget territorium. Også Tyskland, som lenge holdt asylfanen høyt, ble tilhenger av mer restriktive tiltak, blant annet ved å støtte EU-Tyrkia avtalen.<sup>12</sup> Det ble debatt, også i Norge, om man burde avvikle asylretten og helt erstatte den med flyktningmottak i nærområdene og muligens en eller annen form for bedre fordeling av flyktninger, og om man burde begrense eller øke antall kvoteflyktninger under det nåværende samarbeid med FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR).<sup>13</sup>

Samtidig ble det internasjonalt tatt initiativ for å gjennomtenke det internasjonale flyktning- og asylsystemet. FNs høykommissær tok etter hvert ledelsen i dette arbeidet, som høsten 2016 ledet frem til New York-erklæringen om flyktninger og migranter, vedtatt av FNs generalforsamling hvor 193 stater deltok på høyt politisk nivå.<sup>14</sup> Denne erklæringen gir sin støtte til det eksisterende systemet, samtidig som det legges til rette for politisk forpliktende tiltak for å styrke og forbedre systemet. Etter vedtakelsen av New York-erklæringen, har statene i hovedsak vært positive til å følge opp Flyktningkonvensjonen fremfor å gravlegge denne. I tillegg har FN vedtatt to oppfølgende avtaler (kalt «compacts») om henholdsvis flyktninger og migranter. Stater som tar imot flyktninger tilbys for eksempel finansiering fra

---

<sup>12</sup> Se Ronsburg, *op.cit.*, note 7.

<sup>13</sup> Se for eksempel «Flere partier er åpne overfor UDI-direktørens asylforslag – KrF villig til å diskutere om dagens asylsystem skal avskaffes», *Aftenposten*, 6. januar 2016.  
<https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/z4LK/Flere-partier-er-apne-overfor-UDI-direktorens-asylforslag>

<sup>14</sup> New York Declaration for Refugees and Migrants, Resolution adopted by the General Assembly, 19 September 2016, A/Res./71/1, General Assembly, 3 October 2016.

Verdensbanken. Avtalene, også den om flyktninger, er ikke rettslig bindende, men UNHCR ønsker at statene selv følger opp gjennom lovgivning. FNs høykommissær for flyktninger, Filippo Grandi, roste for eksempel nylig Etiopia for å ha lovfestet utlendingsretten etter inspirasjon fra flyktningavtalen.<sup>15</sup> Det kan likevel ikke regnes med at stater som har tiltrådt de nye avtalene med åpne armer ønsker eller evner ta imot alle flyktninger som søker asyl. Dette kan kanskje også illustreres med den europeiske uenigheten om en mer rettferdig fordeling av ansvar etter Dublin-avtalen, et ansvar som formelt hvilte på skuldrene til særlig Hellas og Italia som første ankomstland for flyktninger som hadde krysset Middelhavet eller gjennom Tyrkia til Hellas.

Dette uoversiktlige politiske bildet kan naturligvis også på forskjellig måte påvirke EMK-retten om ansvar for avskjæring av asylsøkere. Dommerne i Strasbourg er sikkert ikke upåvirket av det politiske klima eller av større samfunnsmessige hendelser. På den annen side har det kanskje også en viss betydning at europeiske stater tross alt samlet sluttet seg til New York-erklæringen og et stort flertall også den etterfølgende flyktningavtalen.<sup>16</sup> For dommerne i EMD er det viktigste kanskje at det folkerettslige rammeverket for mottak av asylsøkere og behandling av asylsøknader ikke er blitt rokket ved folkerettslig, jf. også neste kapittel 3 om betydningen av øvrige folkerettslige normer ved tolkning og anvendelse av EMK. I neste avsnitt vil jeg først se litt på den mer interne, EMK-rettslige konteksten for de spørsmål som denne oppgaven primært handler om.

### **2.3 Intern EMK-rettslig kontekst i relasjon til asyl**

Med «intern EMK-rettslig kontekst» siktes det her til de asylrettslige normer som over lengre tid er blitt utviklet gjennom EMDs rettsavklarende rolle og rettsutviklende funksjoner, men som ikke direkte gjelder de mer konkrete rettsspørsmål som skal behandles i kapittel 4. I det følgende skal kort nevnes noen EMD-dommer som har vært sentrale i rettsutviklingen og som kan gi en bedre forståelse for EMDs helhetlige tilnærming til asylretten.

Plenumsdommen *Soering mot Storbritannia* gjaldt en mann som flyktet fra USA til Storbritannia da han var tiltalt for sammen med sin kjæreste å ha drept kjærestens foreldre.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Filippo Grandi, «The parliament of Ethiopia has approved one of the most progressive refugee laws in Africa, upholding the spirit and approach of the Global Refugee Compact», Twitter, 18 januar 2019.

<sup>16</sup> «UN affirms “historic” global compact to support world’s refugees», *UN news*, 17 desember 2018. <https://news.un.org/en/story/2018/12/1028791>.

<sup>17</sup> *Soering v. The United Kingdom*, EMD dom fra 7. juli 1989.

USA ønsket ham utlevert, noe Storbritannia var villig til. Men Soering klaget til Strasbourg og anførte frykt for å bli henrettet. Det var for domstolen enighet om at Soering ved utlevering vil kunne bli dømt til døden, og i så fall ville tilbringe mellom seks og åtte år på såkalt «death row» mens han ventet på henrettelsen. EMD fant at denne ventetiden innebar umenneskelig behandling i strid med EMK artikkel 3. Det ble i dommen etablert en lære som går ut på at reell risiko for å bli utsatt for umenneskelig behandling aktiverer statens ansvar for å forhindre følgen. Storbritannia ble ikke ansett for å ville medvirke til tortur ved en utlevering, men for å ha sikringsplikt etter EMK artikkel 1 sammenholdt med artikkel 3 for personer underlagt statens jurisdiksjon.<sup>18</sup> Dermed knesatte i praksis EMD et prinsipp om non-refoulement, som kommer til anvendelse når en person befinner seg på statens territorium eller eventuelt kommer under statens jurisdiksjon og vedkommende risikerer slike krenkelser som er omfattet av EMK artikkel 3 ved en retur til hjemlandet eller et annet land.

Når dette først ble sagt i en utleveringssak, ble nemlig læren fulgt opp og utvidet til typiske asylsaker i *Vilvarajah mot Storbritannia*,<sup>19</sup> hvor spørsmålet var om retur av en tamilsk familie til Sri Lanka var brudd på artikkel 3. Retur ble etter en konkret vurdering ikke ansett som en krenkelse av artikkel 3, til tross for at noen av asylsøkerne faktisk ble torturert ved retur. Menneskerettsdomstolen mente at det avgjørende var om staten på det tidspunktet de sendte ut flyktingene visste eller forsto at de utsatte vedkommende for en reell risiko for tortur eller umenneskelig behandling.<sup>20</sup> På denne måten anerkjente EMD non-refoulement prinsippet, selv om det ikke slo ikke gjennom i favør av klagerne i den konkrete saken.

Storkammerdommen *Chahal mot Storbritannia* gjaldt en politisk aktiv person fra India som oppholdt seg i Storbritannia og ble ansett som en terrorist i hjemlandet.<sup>21</sup> Storbritannia anså Chahal som en farlig person for rikets sikkerhet, og ønsket å etterkomme en utleveringsbegjæring fra India. Britiske myndigheter anførte for EMD at hans opphold i landet truet britiske interesser og mente at de, etter en interesseavveining mellom statens interesse og individets interesse av å ikke å løpe en reell risiko for tortur eller umenneskelig behandling, måtte kunne returnere ham. EMD vurderte hvorvidt vernet etter artikkel var relativt eller absolutt og kom frem til sistnevnte.<sup>22</sup> Chahal kunne derfor ikke utleveres til India

---

<sup>18</sup> *Ibid.*, avsnitt 111.

<sup>19</sup> *Vilvarajah and Others v. United Kingdom*, EMD dom fra 30. oktober 1991.

<sup>20</sup> *Ibid.*, avsnitt 114.

<sup>21</sup> *Chahal v. United Kingdom*, EMD dom fra 15. november 1996.

<sup>22</sup> *Ibid.*, avsnitt 79-80.

uten å krenke EMK artikkel 3 siden det var en reell risiko for tortur eller umenneskelig behandling.

I storkammerdommen *M.S.S. mot Belgia og Hellas* var spørsmålet blant annet om Belgias retur av en flyktning til Hellas i henhold til Dublin-avtalen var i strid med EMK artikkel 3.<sup>23</sup> Klageren hevdet at Hellas ikke har et fungerende asylsystem og at han kunne risikere retur til hjemlandet. EMD tok stilling til hvorvidt risikovilkåret også skal gjelde i relasjon til Dublin-avtalen. Belgia mente asylsøkeren kunne klage Hellas inn til EMD etter retur til Hellas, og ikke rette noen klage mot Belgia. I henhold til Dublin-avtalen var Belgias ansvar begrenset til en summarisk asylbehandling hvor spørsmålet var om vilkårene etter Dublin-avtalen for å plassere ansvaret for en full asylsaksbehandling på Hellas var oppfylt, hvilket de formelt sett var. Spørsmålet var således om klageren kunne gis medhold i at Belgia likevel hadde krenket EMK. EMD vurderte asylsystemet i Hellas som i praksis ikke-fungerende, og konkluderte med at Belgia dermed hadde krenket EMK ved å returnere asylsøkeren til Hellas.<sup>24</sup> Dublin-avtalen mellom europeiske stater og andre avtaler røkkes derfor ikke prinsipielt ved en stats ansvar etter EMK.

Disse avgjørelsene har vært med på å etablere noen av de mest grunnleggende prinsipper for den asylrettslige beskyttelsen EMK gir. De representerer derfor en viktig del av det EMK-rettslige bakteppet for de dommene som mer spesifikt handler om bruk av fysiske virkemidler og maktbruk for å hindre asylsøkere tilgang til en stats territorium og asylprosedyrer, se nærmere kapittel 4. Før vi går videre til noen metodiske spørsmål i kapittel 3, kan det til slutt i dette kapitlet være grunn til å presisere forholdet mellom vårt tema og maktbruk i forbindelse med summariske asylprosedyrer siden det her er en ganske nær forbindelse.

## **2.4 Avgrensning av oppgavens tema mot reelle, summariske prosedyrer**

Den eksakte avgrensning av oppgaven er ikke gitt. Det gjelder kanskje særlig grensen mellom tilgang til det vi har kalt en «reell asylprosedyre» og en «summarisk asylprosedyre». Slik disse hjelpebegrepene er brukt i denne oppgaven, kan en summarisk asylprosedyre være «reell» dersom den gir asylsøkeren anledning til å søke asyl og presentere det faktiske grunnlaget for asylkravet på en meningsfylt måte, og det er innbakt adekvate rettssikkerhetsgarantier. Det gjelder selv om prosedyren er summarisk i den forstand at

---

<sup>23</sup> *MSS V. Belgium and Greece*, EMD dom fra 21. januar 2011.

<sup>24</sup> *Ibid.*, avsnitt 366.

saksbehandlings hovedfokus er hvilken stat som er rette adressat for asylkravet og ikke substansen i asylgrunnlaget, altså om det er grunnlag for å sende asylsøkeren til annen stat enn hjemlandet hvor asylsøkeren vil få sin sak behandlet eller i det minste være trygg mot forfølgelse og videre utsendelse til hjemlandet. Maktbruk for å tvinge asylsøkeren tilbake til et slikt «tredjeland» etter en adekvat summarisk asylprosedyre faller derfor utenfor vår oppgave her, for eksempel normalt lovlig effektivering av utsendelse i medhold av Dublin-avtalen. Det samme gjelder dermed spørsmål som EMD behandlet i foran nevnte *M.S.S. mot Belgia og Hellas*. Det som derimot faller innenfor vårt tema, er de tilfeller hvor asylsøker er kommet inn på statens territorium eller på grensen, men tvinges ut av landet uten å få tilgang til noen form for reell asylprosedyre.

Saken *M.A. og andre mot Litauen*<sup>25</sup> gjaldt en familie på syv personer fra Tsjetsjenia i Russland, som ankom en grensestasjon i Litauen på grensen mot Hviterussland. De hevdet å ha fortalt grensevaktene på russisk at de var asylsøkere. Grensevaktene («State Border Guard Service») utstedte avgjørelser om å nekte innreise begrunnet med at familien manglet gyldig visum og oppholdstillatelse. Klagerne var blitt bedt å om å signere på avgjørelsene. De hevdet at de hadde skrevet ordet asyl (på sitt eget språk) på dokumentene. De ble returnert til Hviterussland samme dag. Dagen etterpå ankom klagerne til en annen grensepost, hvor de ble internert og deretter returnert til Hviterussland igjen. Vel en måned senere ankom familien en ny grensepost på jernbanen i Vilnius. Denne gangen hevdet de å ha levert en ferdigskrevet asylsøknad på russisk. De ble internert og returnert til Hviterussland neste dag. EMD la til grunn at det sentrale spørsmålet i saken var om litauiske myndigheter hadde foretatt «an adequate assessment» av familiens påstand om at de risikerte umenneskelig behandling i hjemlandet.<sup>26</sup> Det springende punktet for EMD var om de hadde søkt asyl. EMD (flertallet) fant etter en konkret vurdering at det hadde de gjort (det er flere detaljer i faktum enn det som er gjengitt her). Det som imidlertid er hovedpoenget for vårt emne og avgrensningen av det, er at EMD dermed konkluderte med at familien ikke hadde fått noen reell (effektiv) vurdering av asylkravet. EMD fant dermed at EMK artikkel 3 var krenket (prosessuell side), ved at Litauen hadde returnert familien til Hviterussland uten undersøkelse av beskyttelsesbehovet.<sup>27</sup> Slike tilfeller faller innenfor oppgaven.

---

<sup>25</sup> *MA and others v. Lithuania*, EMD dom fra 11. desember 2011.

<sup>26</sup> *Ibid.*, avsnitt 105.

<sup>27</sup> *Ibid.*, avsnitt 115.



Det denne dommen synes å vise, er at fysisk maktbruk i kombinasjon med nektelse av tilgang til en reell asylprosedyre for asylsøkere ikke kan gjennomføres uten å krenke EMK, og at denne situasjonen er menneskerettslig annerledes enn der hvor det gjennomføres summariske prosedyrer med adekvate rettssikkerhetsgarantier.

## 3 Rettskilder og tolkningsmetode

### 3.1 Kort om rettskilder

EMK med tilleggsprotokoller er en multilateral traktat som tar sikte på å fastsette rettigheter og felles menneskerettslige forpliktelser for medlemmene av Europarådet. Ratifikasjon av selve EMK er obligatorisk, mens tiltredelse til tilleggsprotokollene er frivillig. Denne oppgaven gjelder tolkning og anvendelse av enkelte bestemmelser i EMK som er særlig relevante i relasjon til fysiske virkemidler for å hindre asylsøkere tilgang til en medlemsstats territorium og reelle asylprosedyrer. Som nevnt innledningsvis, gjelder dette først og fremst EMK artikkel 3, artikkel 13 og artikkel 4 i fjerde tilleggsprotokoll.

Ved tolkning av traktater oppstiller Wien-konvensjonen om traktatretten generelle tolkningsregler i artikkel 31-33.<sup>28</sup> Her fremgår det direkte eller indirekte hvilke rettskilder som er relevante ved traktattolkning, som traktatens ordlyd, formål og kontekst, men også etterfølgende praksis i medlemsstatene og andre folkerettslige regler, traktatens forarbeider med videre kan utgjøre relevante rettskilder eller tolkningsfaktorer. For eksempel vil tilsvarende regler og prinsipper i FNs flyktningkonvensjon som er relevante for å vurdere den folkerettslige lovligheten av tiltak for å avskjære flyktninger kunne være et tolkningsmoment når det gjelder et likeartet spørsmål etter EMK. I de dommene som er behandlet i kapittel 4.2-4.4 er flyktningkonvensjonen nevnt som en del av den folkerettslige konteksten mer generelt, som en slags bakgrunnsrett, men ikke som konkrete momenter i den mer spesifikke tolkningen av EMK.

I tillegg vil rettspraksis ved internasjonale domstoler kunne være en viktig rettskilde, jf. artikkel 32 som ikke er begrenset til en traktats forarbeider. Den rettskildemessige betydningen av EMDs rettspraksis har derfor forankring i Wien-konvensjonen, samtidig som EMD legger til grunn Wien-konvensjonens tolkningsregler når EMD tolker EMK. I praksis legger EMD stor vekt på sine egne tidligere avgjørelser, noe som øker vekten av tidligere dommer, særlig dommer avsagt i storkammer (eller plenum). Dette kan også sies å være i samsvar med EMKs system og egne bestemmelser, da domstolen har jurisdiksjon til å

---

<sup>28</sup> The Vienna Convention on Diplomatic Relations (WK), 18 April 1961.

anvende og tolke EMK, jf. artikkel 32. Domstolens jurisdiksjon gjelder alle saker vedrørende tolkning og anvendelse av EMK og de tilhørende protokoller.

Også juridisk faglitteratur kan være en rettskilde ved tolkning av EMK, som også kan forankres i Wien-konvensjonen artikkel 32. I tillegg kan det anføres at rettspraksis og anerkjent faglitteratur også er anerkjent som fortolkende rettskilder i Statuttene for Folkerettsdomstolen i Haag artikkel 38.<sup>29</sup> Det faller ellers utenfor oppgaven å gå nærmere inn på tolkningsreglene i Wien-konvensjonen. Men i neste avsnitt 3.2 vil jeg se på et utvalgt metodisk spørsmål av betydning for vårt emne.

### **3.2 EMDs tolkningsmetode – effektivitetsprinsippets betydning**

Den juridiske metode lærer jurister å anvende den materielle jussen på en bestemt måte og gjerne i en bestemt rekkefølge for å komme frem til et korrekt juridisk resultat. For eksempel at man først skal analysere teksten i en lov eller traktat. Metoden gjelder ikke bare valg av kilder men også tolkningen av kildene. Tolkningsmetode av kilder kan også fortelle om juristen tolket for å komme frem til en bestemt løsning eller for å komme frem til en objektiv riktig løsning ved å se på hvilke kilder juristen vektlegger og disse kildenes tyngdekraft i det juridiske kildesystemet. Her er det kun anledning til å se på et par utvalgte spørsmål av antatt stor betydning for vårt emne.

Storkammerdommen *Hirsi Jamaa og andre mot Italia* gjaldt avskjæring av asylsøkere på det åpne hav, og er nærmere omtalt nedenfor i kapittel 4.<sup>30</sup> EMD la Wien-konvensjonen til grunn for tolkningen av EMK, som blant annet fokuserte på anvendeligheten av forbudet mot kollektiv utvisning i fjerde tilleggsprotokoll artikkel 4.<sup>31</sup> Å legge til grunn Wien-konvensjonen er som nevnt i samsvar med EMDs generelle metodiske tilnærming. EMD fremhevet særlig effektivitetsprinsippet, at forbudet mot kollektiv utvisning skal tolkes i lys av formålet med EMK som er å gi individene effektive rettigheter.

EMD uttalte også at nevnte artikkel 4 er en del av en traktat og at bestemmelsen må leses i et helhetlig og ikke isolert lys, og bli tolket slik at det fremmes intern harmoni mellom

---

<sup>29</sup> Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2011.

<sup>30</sup> *Hirsi Jamaa and Others vs. Italy*, EMD dom fra 23. february 2012.

<sup>31</sup> *Ibid.*, avsnitt 170.

bestemmelsene.<sup>32</sup> Videre skal *forarbeidene* brukes til å enten bekrefte den rettsregelen man har utledet etter juridisk tolkning eller for å klargjøre rettsregelen der denne fortsatt er vag og utydelig.<sup>33</sup> Dermed kan man si at EMD fremhevet vekten av effektivitetsprinsippet.

EMD uttalte mer spesifikt at ordet «expulsion»<sup>34</sup> trekker i retning av at migranten først måtte være på territoriet for å kunne utvises, hvilket isolert sett betyr at bestemmelsen ikke regulerte det foreliggende tilfellet siden asylsøkerne i saken var blitt stoppet på åpent hav utenfor territoriet og ført tilbake til Libya av et italiensk militærskip. Men det ble samtidig påpekt at begrepet ikke sier noe om territorielle grenser for anvendelse og at det i lys av artikkel 3 i samme protokoll, artikkel 1 i protokoll 7, samt forarbeidene til bestemmelsen i nevnte artikkel 4, ikke var utelukket med ekstraterritoriell anvendelse.<sup>35</sup>

Etter henvisning til den politiske utviklingen, flyktningstrømmen og domstolens tidligere rettspraksis, anerkjente EMD at en stats jurisdiksjon og dermed ansvar i utgangspunktet er territorielt betinget. Men hvis beskyttelse mot kollektiv utvisning skal være effektiv og praktisk, og ikke illusorisk og teoretisk, må ansvaret gjelde ikke bare for handlinger på territoriet, men der staten utøver offentlig myndighet. Dette talte for å tolke «expulsion» slik at vernet også gjelder når staten velger å handle på tilsvarende måte utenfor sitt territorium.<sup>36</sup>

Selv om Hirsi Jama-dommen synes å legge stor vekt på effektivitetsprinsippet på bekostning av ordlyd og forarbeider, er det likevel interessant at EMD ikke alltid gjør den samme avveining. I en nylig storkammer-dom, *S., V. og A. Mot Danmark*,<sup>37</sup> som riktignok ikke gjaldt asylsøkere men tre danske fotballsupportere som ble pågrepet og fengslet i forbindelse med en landskamp mellom Danmark og Sverige i København, kan det spørres om en streng forståelse av ordlyden og uttalelser i disfavør av individet i forarbeidene motsatt ble oppgradert på bekostning av effektivitetsprinsippet og formålshensyn knyttet til individets beskyttelse og frihet. Frihetsberøvelsen i Danmark var i dette tilfellet preventiv og gjort av ordenshensyn, og spørsmålet var om slik varetekt var i samsvar med EMK artikkel 5(1) bokstav c og det særlige formålskravet der. Flertallet fant at danske domstoler ved å akseptere fengslingen hadde funnet en rimelig balanse mellom hensynet til individets frihet og statens

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, avsnitt 171.

<sup>33</sup> *Ibid.*, avsnitt 171.

<sup>34</sup> EMK Protokoll 4 artikkel 4.

<sup>35</sup> *Hirsi Jama, op.cit.*, note 30, avsnitt 173-174.

<sup>36</sup> *Ibid.*, avsnitt 175-178.

<sup>37</sup> *S.V. and A. v. Denmark*, EMD dom fra oktober 2018.

interesse av å forhindre klagerne fra å organisere og ta del i pøbelstreker. Det som kan være interessant for vårt emne er at mindretallet i dommen mente at flertallet gjennom domspremissene i denne saken hadde fjernet seg fra den tradisjonelle formålsoverrettede tolkningslæren som EMD ellers har lagt til grunn til fordel for vekt på uttalelser i forarbeidene og streng ordlydsforståelse.<sup>38</sup> Dommen kan slik sett være en påminnelse om at rettsutviklingen og EMDs metode ikke alltid er rettlinjet. Det kan igjen bety at de dommene som skal gjennomgås i kapittel 4, og hvor effektivitetsprinsippet er vektlagt, kanskje ikke er hugget i stein.

På den annen side kan det også være at de underliggende interesser i disse sakene er så sterke at det uansett er mer berettiget å legge vekt på formålshensyn i favør av asylsøkere i en sårbar situasjon. Dette siste spørsmålet skal kommenteres noe nærmere avslutningsvis i denne oppgaven, etter at de aktuelle dommene er gjennomgått.

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, “Joint Partly Dissenting Opinion of Judges de Gaetano and Wojtyczek”, særlig avsnitt 2-5.

# 4 Lovligheten av fysiske tiltak for å forhindre tilgang til territorium

## 4.1 Betydningen av statens jurisdiksjon – jurisdiksjonsbegrepet

### 4.1.1 Folkerettslige og menneskerettslige utgangspunkter

Etter suverenitetsprinsippet kan stater regulere aktiviteter og handlinger innenfor landegrensen, sokkelen til havs, luften over og grunnen under slik statens myndigheter ønsker. Etter folkeretten gjelder en stats jurisdiksjon primært det territoriet staten har enerett på og råder over. Av dette følger at en stat har en alminnelig rett til å innvilge eller nekte adgang og opphold for og utvisning av utlendinger. Men det følger også av suverenitetsprinsippet at en stat kan påta seg forpliktelser overfor andre stater og overfor grupper av utlendinger som gis utvidete utlendingsrettslige rettigheter. I tillegg kan visse former for maktbruk være forbudt etter andre folkerettslige regler, også overfor utlendinger.

Etter EMK artikkel 1 skal medlemsstatene sikre konvensjonens rettigheter innen deres jurisdiksjon. Begrepet jurisdiksjon kan indikere både *rett* til å handle (faktiske handlinger) og normere adferd (som lovgivning), men også *ansvar* for faktiske og rettslige tiltak staten iverksetter, altså menneskerettslig ansvar for statens myndighetsutøvelse. Som vi skal se, har EMD i sin rettspraksis lagt stor vekt på jurisdiksjonsbegrepet i sin analyse av statens ansvar i saker som gjelder asylsøkeres tilgang til statens territorium og asylprosedyrer. Det kan synes som om dette begrepet i EMDs vurderinger angir et terskelkriterium som er nødvendig å oppfylle for at staten skal bli holdt ansvarlig for handlinger og unnlatelser under konvensjonen. Denne form for bruk av «jurisdiksjon» synes å reflektere jurisdiksjonskonseptet etter folkeretten og være nært knyttet til de folkerettslige normene for statsansvar og eventuelt statlig erstatningsansvar.<sup>39</sup> Etter internasjonale regler om erstatningsansvar for stater kan stater bli holdt ansvarlig for en underordnet statlig aktørs handlinger, og slike kan derfor medføre menneskerettslig ansvar etter EMK.<sup>40</sup> Forskjellen ser ut til å være at mens de folkerettslige normene for statsansvar og erstatningsansvar også beror på en subjektiv vurdering (*culpa*), legges en renere objektiv vurdering til grunn med fokus på

---

<sup>39</sup> *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, EMD dom fra 8. juli 2004, avsnitt 312.

<sup>40</sup> *Ibid.*, avsnitt 319.

statens handlinger eller unnlatelser på den ene siden og på den annen side de objektive faktorer som kan begrense statens effektive kontroll, hvilket tilsier en lavere terskel for ansvar i en menneskerettslig kontekst som EMK.

Ved utarbeidelsen av artikkel 1s formulering ble det stilt spørsmål ved om statens ansvar og sikringsplikt skulle gjelde «within its territory» eller «within its jurisdiction». Et foreløpig utkast benyttet den første formuleringen.<sup>41</sup> Formålet med den reviderte versjonen som ble vedtatt, var å utvide konvensjonens beskyttelse til å gjelde for flere grupper av utlendinger, slik som for eksempel turister som oppholder seg midlertidig og arbeidsmigranter. Derfor ble det uttalt at «within its territory» kunne bli forstått som for restriktivt, da målet var å inkludere alle personer på territoriet.<sup>42</sup> Sett i lys av EMK artikkel 56, som gir staten adgang til å gjøre konvensjonen gjeldende for deres koloniserte områder, taler det for at ansvaret ikke var ment kun territorielt i snever forstand.

I FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter fra 1966 (SP) er formuleringen «within its territory and subject to its jurisdiction» valgt,<sup>43</sup> jf. SP artikkel 2 punkt 1. Denne er kanskje enda mer tvetydig formulert, men Menneskerettighetskomiteen la tidlig til grunn at ansvaret ikke var territorielt begrenset når staten handlet utenfor sitt statsterritorium.<sup>44</sup> Dette kunne sies å tale for samme løsning etter EMK art. 1, da begge er sentrale konvensjoner og har som formål å beskytte menneskers rettigheter.

EMK artikkel 1 har vært sagt å angi statens jurisdiksjon både territorielt, *ratione temporis* (tidsmessig), personelt (ikke bare statsborgere men også utlendinger er i prinsippet omfattet) og materielt med hensyn til rettighetene og frihetene inntatt i EMK.<sup>45</sup> I det følgende vil jeg først redegjøre for statens territoriale jurisdiksjon i relasjon til jurisdiksjonsbegrepet. De mer konkrete spørsmål her er om stater kan iverksette fysiske hindringer for å forhindre flyktninger fra å komme over grensen eller skyve tilbake flyktninger fra grensen eller

---

<sup>41</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, 2015, side 84-85.

<sup>42</sup> *Ibid.*, side 86.

<sup>43</sup> International Covenant on Civil and Political Rights, 3 January 1976.

<sup>44</sup> Se *Lopez Burgos v. Uruguay* (Communication No. 52/1979), Menneskerettskomiteens avgjørelse («Views») fra 29. juli 1981. Saken gjaldt statlig bortføring av en person fra en annen stats territorium.

Menneskerettskomiteen uttalte at formuleringen i SP artikkel 2 punkt 1 ikke betyr at en stat ikke kan holdes ansvarlig for krenkelser av rettigheter under SP som statens agenter foretar på en annen stats territorium, enten handlingen skjer med samtykke eller imot den andre statens ønske.

<sup>45</sup> Schabas, *op.cit.*, note 41, side 93.

eventuelt nekte asylsøkere tilgang til en reell asylprosedyre når de er på statens territorium, se nærmere avsnitt 4.2 og 4.3.

#### 4.1.2 Territoriell jurisdiksjon

Statens territoriale jurisdiksjon gjelder etter folkeretten for hele riket.<sup>46</sup> Men det gjør ikke staten automatisk ansvarlig for en tredjestats konvensjonsstridige handling på medlemsstatens territorium, slik som ved handlinger koblet til en internasjonal organisasjon eller hvor vedkommende myndighetsperson nyter immunitet. Det kan likevel bli statuert ansvar etter en konkret vurdering, for eksempel der territorialstatens myndigheter var klar over krenkelsene eller burde ha vært det.<sup>47</sup> Polen, og andre europeiske stater, er således blitt holdt ansvarlig etter EMK artikkel 3 og andre bestemmelser i EMK for tortur utført av amerikanske agenter på statens territorium.<sup>48</sup>

Et motstykke til dette er at en medlemsstat til EMK kan bli holdt ansvarlig for konvensjonsstridige handlinger som medlemsstatens aktører gjennom faktiske handlinger eller handlinger foretatt med autoritet og kontroll over personer på en annen stats territorium, handlinger på det åpne hav eller på andre områder som ikke tilhører noen stat (*terra nullius*), eller der medlemsstaten tar effektiv kontroll over et område, eksempelvis ved militær okkupasjon utøvet på annet territorium.

Ansvarsgrunnet kan begrunnes i at EMK artikkel 1 bør tolkes slik at man ikke skal kunne begå konvensjonsstridige handlinger på annen stats territorium som man ikke kan gjøre på eget territorium.<sup>49</sup>

#### 4.1.3 Ekstraterritoriell jurisdiksjon

EMD har ved tolkning av EMK artikkel 1 etablert ansvar ved utøvelse av ekstraterritoriell jurisdiksjon. Dette har særlig skjedd gjennom læren om effektiv kontroll over et område, og autoritet og kontroll over personer. Det har her vært en utvikling i rettspraksis, uten at det er mulig å gå inn på alle sakene i denne oppgaven.

---

<sup>46</sup> *Bankovic and others v. Belgium and others*, EMD dom fra 12. desember 2001, avsnitt 59.

<sup>47</sup> Schabas, *op.cit.*, note 41, side 95.

<sup>48</sup> Se for eksempel *Al Nashiri v. Poland*, EMD dom fra 24. juli 2014.

<sup>49</sup> Schabas, *op.cit.*, note 41, side 101, om begrepet “within their jurisdiction”, med videre henvisning til *Isaak and Others v. Turkey* (EMD dom fra 28. september 2006).



I storkammerdommen *Al Skeini mot Storbritannia* knyttet EMD ansvar til utøvelse av jurisdiksjon ved statens personell på en annen stats område, nemlig i Irak.<sup>50</sup>

EMD uttalte at når

“agents exercise control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the state is under an obligation under article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under section 1 of the convention that are relevant to the situation of that individual”.<sup>51</sup>

En stat kan følgelig utøve effektiv kontroll over et område *de jure* i et annet land, slik som i *Al Skeini*, hvor britiske styrker hadde inngått avtale med irakiske myndigheter om britisk kontroll over et område av sikkerhetsmessige hensyn. Staten kan også utøve effektiv kontroll over en person *de facto*, slik som i forfølgelsen og pågripelsen av kurderlederen Öcalan, som flyktet fra Tyrkia og søkte beskyttelse i Kenya, men hvor tyrkiske agenter med pågrep og førte han med tilbake til Tyrkia.<sup>52</sup>

Solomon har hevdet at det avgjørende er ikke hvorvidt staten ekstraterritorielt har jurisdiksjon over et område *de jure*, eller en person *de jure* eller *de facto*, men hvor intens myndighetsutøvelsen er over vedkommende person eller i området.<sup>53</sup> Det betyr i så fall at det ikke er kun statens rettsgrunnlag og fysiske tilstedeværelse som er en del av spørsmålet om hvorvidt jurisdiksjon foreligger, men også den konkrete påvirkningen myndighetenes tilstedeværelse øver på menneskene som bor der. Motsatt kan det tenkes at staten også kan bli holdt ansvarlig for handlinger andre personer eller organisasjoner foretar i et område som staten har *de jure* kontroll over, på samme måte som statens alminnelige sikringsplikt på eget territorium.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> *Al Skeini and Others v. United Kingdom*, EMD dom fra 7 juli. 2011.

<sup>51</sup> *Ibid.*, avsnitt 138.

<sup>52</sup> *Öcalan v. Turkey*, EMD dom fra 12. mai 2005, avsnitt 91.

<sup>53</sup> Solon Solomon, “Migrant boats on the high seas and their interception through psychologically coercive measures: is there a case to extraterritorially apply human rights law?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, side 42.

<sup>54</sup> *Cyprus v. Turkey*, EMD dom fra 10. mai 2001 hvor TRNC, som påsto å være selvstendig og uavhengig slo en demonstrant til døde på en FN-bestemt buffer sone. EMD uttalte her (avsnitt 77): “Having effective overall control over northern Cyprus, its responsibility cannot be confined to the acts of its own soldiers or officials in northern Cyprus but must also be engaged by virtue of the acts of the local administration which survives by virtue of Turkish military and other support”. Tyrkia ble funnet ansvarlig, se samme avsnitt 77.

Det avgjørende for «jurisdiksjon» har altså i mange saker vært hvorvidt staten har effektiv kontroll.<sup>55</sup> Et eksempel er at tyrkiske myndigheters utøvet autoritet og kontroll over nevnte Öcalan både ved å pågripe han i Kenya, frakte han tilbake til Tyrkia, og fengsle ham der,<sup>56</sup> eller da tyrkiske myndigheter tok individer i Nord-Irak i varetekt og drepte dem.<sup>57</sup>

Med grunnlag i EMDs rettspraksis, hevder Solomon at hvis staten ikke har juridisk kontroll over et område (*de jure* jurisdiksjon), så ser EMD hen til statens faktiske kontroll over individer. Forutsatt at slik faktisk kontroll er bevisført, vil staten kunne holdes ansvarlig.<sup>58</sup>

#### 4.1.4 *De facto* autoritet og kontroll over personer

Schabas skriver at i Hirsi Jamaa-saken anerkjente EMD at EMK fikk anvendelse idet flyktingene ble tatt om bord i det italienske militærskipet som hadde heist flagg.<sup>59</sup> Da dette er nevnt under avsnittet om autoritet og kontroll over individer, forstår jeg hans kategorisering av dommen som *de facto* kontroll over en båt med flyktinger og migranter på det åpne hav. Solomon derimot, tolker EMD til å ha ansvarliggjort staten etter doktrinen om *de jure* kontroll.<sup>60</sup> Jeg forstår EMD slik at militærskipet gjennom tvang iverksatte autoritet og kontroll over personene (*de facto* jurisdiksjon) allerede *før* de kom ombord, og da personene kom om bord var de under effektiv kontroll (*de jure* jurisdiksjon). I strid med artikkel 4 i fjerde protokoll ble de ikke ble hørt om sitt behov for beskyttelse mot forfølgelse. Dessuten, i en sak hvor en fransk fregatt med heist flagg gikk om bord i en kambodiansk båt, og tok kontroll over mannskapet og skipet, kom EMD frem til at Frankrike utøvde jurisdiksjon *de facto* idet de kom om bord skipet. Det synes likevel ikke helt klart om Italia i *Hirsi Jama* ble holdt ansvarlig på *de jure* eller *de facto* grunnlag. Hovedpoenget i vår oppgave er imidlertid at det ikke er sikkert at denne sondringen er avgjørende for de spørsmål vi straks skal se nærmere på.

Et avvik fra EMDs rettspraksis om jurisdiksjon, handlinger og ansvar som likevel bør nevnes, er Bankovic-saken,<sup>61</sup> som gjaldt NATO-staters bombing av det tidligere Jugoslavia. EMD

---

<sup>55</sup> Se *Al Skeini*, *op.cit.*, avsnitt 138 og avsnitt 91; *Issa and Others v. Turkey*, EMD dom fra 24. juni 2008, avsnitt 106; *Hirsi Jama*, *op.cit.*, note 30, avsnitt 76.

<sup>56</sup> *Öcalan v. Turkey*, EMD dom fra 12. mai 2005.

<sup>57</sup> *Issa*, *op.cit.*, note 55.

<sup>58</sup> Solomon, *op.cit.*, note 53, side 45-46.

<sup>59</sup> Schabas, *op.cit.*, note 41, side 102

<sup>60</sup> Solomon, *op.cit.*, note 53, side 47.

<sup>61</sup> *Bankovic and Others v. United Kingdom*, EMD dom fra 12. desember 2001.

uttalte her at det ikke var en tilstrekkelig fysisk kobling mellom krigsflyenes bomber og ofrene. Det var i *Bankovic* ikke nok at NATO befant seg over jugoslavisk territorium og bombet.<sup>62</sup>

*Bankovic* har blitt sterkt kritisert i juridisk teori, og er ikke fulgt direkte opp i senere dommer. Tvert imot synes EMD å ha distansert seg fra denne tolkningen av menneskerettslig ansvar for faktiske handlinger. I *Pad mot Tyrkia* ble 7 iranske menn som befant seg 500 meter inn på iransk territorium drept i en militær operasjon ved et tyrkisk militært helikopter.<sup>63</sup> Her ble Tyrkia holdt ansvarlig for brudd på EMK artikkel 2, jf. artikkel 1, mens i *Issa mot Tyrkia* ble Tyrkia tilsvarende holdt ansvarlig for drap begått på irakisk territorium. I begge sakene ble ansvar ilagt på grunnlag av *de facto* myndighetsutøvelse utenfor eget territorium, og uten at det var direkte fysisk kontakt mellom de som avfyrte skudd fra våpen og helikopter, og ofrene.

#### 4.1.5 Effektiv kontroll over et område

En stat kan få effektiv kontroll over en annen stats område på flere måter, eksempelvis ved okkupasjon, men også etter avtale med territorialstatens myndigheter om eksklusiv kontroll for et bestemt formål. Et eksempel på det første er saken *Kypros mot Tyrkia*.<sup>64</sup> Her ble Tyrkia ansett å ha hatt effektiv kontroll over et stort område i Kypros, hvor tyrkiske militær satte opp kontrollposter og foretok patruljer.<sup>65</sup> Et eksempel på det siste er drøftet i avsnitt 4.5.

#### 4.1.6 Territoriell handling, ekstraterritoriell virkning

Så langt kan det dermed kort oppsummeres at statens ansvar gjelder for tiltak på territoriet, som er gjenstand for begrensede unntak. Videre gjelder det ansvar ved jurisdiksjon over andre territorier som er effektivt kontrollert av staten, slik som okkupert område, og ved autoritet og kontroll som utøves over en person eller gruppe.

Foruten faktisk eller juridisk kontroll over et annet territorium, kan staten imidlertid også holdes ansvarlig for virkninger av handlinger staten beslutter juridisk eller utøver fysisk på eget territorium.<sup>66</sup> Som utledet fra *Soering* saken, har staten et materielt ansvar for brudd på

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, avsnitt 71.

<sup>63</sup> *Pad and others v. Turkey*, EMD dom fra 28. juni 2007.

<sup>64</sup> *Cyprus v. Turkey*, EMD dom fra 10. mai 2001.

<sup>65</sup> *Ibid.*, avsnitt 13.

<sup>66</sup> *Ilascu and others v. Moldova and Russia*, EMD dom fra 8. juli 2004, avsnitt 317.

EMK artikkel 3 der en person utsettes for en reell risiko for tortur eller umenneskelig behandling i et annet land eller utenfor territoriet som følge av utvisning eller andre handlinger fra staten. Dette innebærer at det kan være en nær kobling mellom ansvar for en materiell krenkelse og de prosessuelle krav som gjelder når asylsøkere blir underkastet statens myndighetsutøvelse, som vi skal se noen eksempler på i det følgende.

## 4.2 Nektelse av tilgang til en reell asylprosedyre på eget territorium

Saken *M.A. mot Litauen* er kort behandlet foran i avsnitt 2.4, og det vises til kjernen i saksforholdet som fremstilt der, hvor en tsjetsjensk familie ble nektet reell asylbehandling i Litauen rett innenfor eller på grensen til Hviterussland (grensestasjonen var i Litauen), og returnert til Hviterussland.<sup>67</sup>

Flertallet i EMD uttalte at EMD ikke vurderte selve søknadene om asyl, men hvorvidt staten hadde iverksatt adekvate prosedyrer for asylsøknader. Nærmere sagt, hvorvidt Litauen gjennomførte en reell vurdering av flyktningenes søknader, i dette tilfellet om at de ved retur til Hviterussland ville være i reell fare for å bli returnert til Russland og bli utsatt for tortur.<sup>68</sup> Jeg forstår denne dommen slik at EMD primært anvendte artikkel 3 sin prosessuelle side når det her ble konkludert med krenkelse av EMK artikkel 3. Dette synes bekreftet av vurderingen av artikkel 13, som også ble ansett krenket.

I et særvotum som støttet flertallets konklusjon uttalte en av dommerne i *M.A.*, med henvisning til før omtalte *Hirsi Jamaa*, at «for the Court there is no area outside the law».<sup>69</sup> Denne dommer understreket at EMK alltid får anvendelse idet en migrant har krysset grensen eller er på grensen, men at statens jurisdiksjon ikke reduseres av fysiske grenser. Dette innebærer at forskyving av grenser med den virkning eller formål å skape et tomrom av jurisdiksjon og menneskerettslig ansvar, vil stride mot tolkning av konvensjonen etter dens formål i tråd med en effektiv tolkning (effektivitetsprinsippet).

Det siste var tilfellet i saken *ND og NT mot Spania*,<sup>70</sup> hvor grensen var flyttet innover på spansk territorium med den virkning at det tilsynelatende ble skapt et rettslig tomrom ved yttergrensen, uten at EMD fant det avgjørende etter EMK. Det samme kan kanskje sies å ha

---

<sup>67</sup> *M.A. v. Lithuania* (GC), *op.cit.*, note 25.

<sup>68</sup> *Ibid.*, avsnitt 103 og 105.

<sup>69</sup> *Ibid.*, Særvotum ved dommer Albuquerque, avsnitt 3

<sup>70</sup> *ND. And N.T. v Spain*, EMDs dom i fra 29. januar 2018.

vært tilfelle i *Hirsi Jamaa*,<sup>71</sup> ved at italiensk kystvakt opererte på åpent hav. I *ND og NT* begrenset EMD seg til at jurisdiksjonen gjaldt på territoriet. Dette kan forklares med at flyktningene var på den folkerettslige grensen eller over grensen da de satt på og hoppet over gjerdet.

De prosessuelle kravene til en forsvarlig vurdering av risiko etter artikkel 3 er kontrollert av EMD også i andre saker.<sup>72</sup>

I M.A-saken ble garantiene som skal sikres utdypet i et særvotum, som at en asylsøker må gis adgang til territoriet, gis anledning til å fremme asylkravet og at grensevakter må utdannes i hvordan de skal vurdere personers behov for beskyttelse. Grensevaktene har således et ansvar for å sikre personenes behov for beskyttelse, da å unnlate dette og returnere vedkommende kan medføre at staten utsetter personen for en reell risiko for tortur eller nedverdige behandling.<sup>73</sup> Det er ifølge flertallets syn heller ikke nok asylsøkerne har rett til å klage på en negativ avgjørelse som innebærer retur. Klageadgangen må være utstyrt med automatisk utsettende virkning, med andre ord at man får bli til endelig beslutning av klagen er tatt.

Den kanskje viktigste uttalelsen i M.A.-saken, slik jeg vurderer det, er likevel den følgende klargjøring i flertallets votum. Denne synes ikke å etterlate tvil om statens ansvar på egen grense ved sine grensevakter:

Denying jurisdiction when migrants are de facto and de jure in the hands and at the mercy of border control authorities, when, for example, they are netted, apprehended, handcuffed or detained in order to be returned, would be a blatant circumvention of the legal force of the Convention and its additional protocols, by means of the fraudulent creation of an intolerable legal vacuum at the border of the Contracting Parties.<sup>74</sup>

Mindretallet (to dommere) i M.A.-saken var på sin side uenig med flertallet på tre punkter. For det første var de uenig i tolkningen av artikkel 4 i protokoll 4, ved at de hevdet at denne måtte skilles klart fra artikkel 3 i protokoll 4 om utvisning av egne statsborgere. Det betydde ifølge mindretallet at utlendinger ikke er beskyttet mot utvisning («expulsion») på grensen slik nasjonale borgere er, underforstått også ved innreise til sitt hjemland. Mindretallet

---

<sup>71</sup> *Hirsi Jamaa v. Italy*, EMDs dom fra 11. desember 2018.

<sup>72</sup> *F.G. v. Sweden* (GC), EMDs dom fra 23. mars 2016, avsnitt 119-127.

<sup>73</sup> *M.A. and Others*, *op.cit.*, note 25, avsnitt 24.

<sup>74</sup> *Ibid.*, avsnitt 28.

argumenterte blant annet med at EMK og EMDs rettspraksis sikrer utlendinger kun mot kollektiv utvisning inne fra territoriet.

På den andre siden var formålet ifølge forarbeidene å forhindre kollektiv utvisning slik datidens og nylig historie hadde vist, hvilket taler mot at utlendinger skal kunne utvises uten en reell behandling av deres søknad om beskyttelse.<sup>75</sup> Dette er også i tråd med retten til å bli hørt før iverksettelse av utvisning tas og retten til å klage etter at beslutning om utvisning er vedtatt.<sup>76</sup>

Videre hevdet mindretallet at i fravær av en klar og tydelig rettspraksis burde flertallet ha redegjort nærmere for statens plikter etter EMK artikkel 3 i foreliggende situasjon, inkludert prima facie vurderingen av beskyttelsesbehovet og utlendingens juridiske status i løpet av venteperioden og hvilke avgjørelser som kan tas dersom utlendingen ikke får medhold i kravet om beskyttelse mot tortur eller umenneskelig behandling.<sup>77</sup> Mindretallet går ikke mer inn på flyktningers rett til å søke beskyttelse på grensen uten å risikere å bli avvist, men rettet hovedfokuset på hvorvidt familien faktisk søkte asyl og kom frem til at det ikke var bevist.<sup>78</sup>

Når gjeldende EMK-rett skal identifiseres, er det likevel flertallets premisser som må legges til grunn. Som vi skal se, er de også i best samsvar med premissene i *ND* og *NT mot Spania*, som riktignok er henvist til storkammer, og storkammerdommen i *Hirsi Jamaa*. Det er også et poeng at M.A.-dommen ikke ble henvist til storkammer og er blitt rettskraftig.

### **4.3 Fysiske tiltak på grensen eller i grensesonen mellom to land**

I *ND* og *NT mot Spania*,<sup>79</sup> som altså er referert til storkammer, hadde Spania installert tre gjerder etter hverandre på sin yttergrense og inngått en bilateral avtale med Marokko om å samarbeide hva gjaldt kontroll med potensielle flyktninger. Marokko skulle forhindre personer uten gyldig dokumentasjon å passere gjerdene fra marokkansk side. Da gjerdene var installert på spansk territorium, utøvet Marokko jurisdiksjon på spansk territorium. Dette hadde den virkning at Spania innskrenket sin jurisdiksjon til å gjelde for personer som hadde

---

<sup>75</sup> Council of Europe, *Collected Edition of the «Travaux Préparatoires»*, DH/Exp (61) 35, 17 Oktober 1961, side 447.

<sup>76</sup> *Ibid.*, side 444-445.

<sup>77</sup> *M.A.*, *op.cit.*, note 25, side 54, avsnitt 6.

<sup>78</sup> *Ibid.*, side 55, avsnitt 7-8.

<sup>79</sup> *ND. and N.T. v Spain*, EMD dom fra 29. januar 2018.

passert gjerdene, og dermed flyttet den faktiske grensen innover og på den måten innskrenket sin jurisdiksjon.

Jurisdiksjonen gjelder i praksis handlinger og virkninger fra staten. Gjeldende EMD-praksis definerer handlinger som utøvelse av kontroll og autoritet over et individ eller gruppe. Som utgangspunkt gjelder jurisdiksjonen territorielt. Derfor er det naturlig at EMD ved anvisning av statens jurisdiksjon i første rekke isolert viser til internasjonal anerkjennelse av hvor statens grense går, hvilket i *ND og NT mot Spania* også gjaldt mellom grensene i Mellilla som spanske myndigheter hadde satt opp. EMD så på hvor gjerdene lå og fant ut at gjerdene var installert på yttergrensen av spansk territorium. Likevel uttalte EMD at det ikke er nødvendig å fastsette hvorvidt gjerdet faktisk var innenfor grensen på spansk territorium. EMD la til grunn at staten har jurisdiksjon dersom vedkommende stat sine offentlige myndigheter har effektiv kontroll over et individ, uavhengig av om individet er på, i, eller utenfor spansk territorium.<sup>80</sup> Dette tolker jeg som et viktig moment i den helhetlige vurderingen, og ikke bare som et isolert fokus på de territoriale grenser.

Deretter sluttet EMD at idet individene krysset gjerdene var de under eksklusiv faktisk spansk kontroll. EMD problematiserte ikke selve innstalleringen av gjerdene som ledd i statens jurisdiksjon, tvert imot tolkes gjerdene som en faktisk handling i kraft av offentlig myndighetsutøvelse med autoritet og kontroll over individer som berøres av formålet om å forhindre adgang til statens territorium og asylprosedyrer. Da reelle asylprosedyrer ikke ble iverksatt for de som ble sendt tilbake til Marokko, ble grensen oppfattet som et push-back tiltak som EMD mente var i strid med EMK protokoll 4 artikkel 4, da den skjøv flyktningene tilbake uten iverksettelse av individuell asylprosedyre.

I 2015 skrev UNHCR i sin rapport at Spania pliktet å sikre at push-back av potensielle flyktninger ikke forekom.<sup>81</sup> Push-back forstås å gjelde avtalen med Marokko hvor asylsøkere som forsøkte å komme inn i Meillilla i grupper ved å klatre over gjerdet er summarisk returnert av spanske grensekontroll til Marokko. Dette blir gjort uten at de ble identifisert, noe som forhindrer personene fra effektivt å utøve retten til å søke beskyttelse. De fikk heller ikke adgang til rettsmidler for å angripe tvangsreturen.<sup>82</sup> UNHCR uttalte at Spania har rett til å etablere egen utlendingslov, men at staten også pliktet å overholde EMK. Så dersom formålet

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, avsnitt 54.

<sup>81</sup> Se Annual Activity Report 2015 by Nils Muiznieks, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, 14. mars 2016.

<sup>82</sup> Adgang til å klage på en beslutning eller vedtak om tvangsretur er en rettighet etter EMK art.13 og art.37.

med gjerdet var å forhindre flyktningers adgang, så bryter det med EMK og retten til å søke beskyttelse.<sup>83</sup> Ifølge EMD gjelder jurisdiksjon ikke bare for handlinger, men også virkninger som tidligere nevnt. Således kan det slutes at dersom virkningen av en fysisk hindring på grensen er årsaken til at migranter ikke får søkt asyl av vedkommende stat, så kan det bryte med EMK. Men det kan samtidig her ligge an til vanskelige vurderinger, hvor graden av jurisdiksjon kan bli vurdert ut fra en terskel for tilstrekkelig kontroll.

#### 4.4 Fysisk avskjæring utenfor eget statsterritorium på det åpne hav

I storkammerdommen *Hirsi Jama* ankom asylsøkerne aldri italiensk territorium, men Italia ble likevel holdt ansvarlig for *de jure* effektiv kontroll over asylsøkerne i Middelhavet. Italiensk kystvakt tok her kontroll over migrantene på åpent hav og hevdet at formålet var å redde migranter fra å drukne. Til tross for protester fra asylsøkerne, ble de sendt tilbake til Libya. EMD uttalte at hele prosessen viste at Italia utøvde sammenhengende kontroll og autoritet over personene.<sup>84</sup> Videre uttalte EMD at når statene ved deres aktører utøver kontroll og autoritet over individer, er staten forpliktet til å sikre individets rett og plikter etter EMK.<sup>85</sup>

Det spilte ikke en avgjørende rolle for anvendelsen av EMK at den statlige aktøren hadde en spesiell statlig funksjon, nemlig som maritim kystvakt.<sup>86</sup>

I et særvotum som støttet flertallets konklusjon bekreftet en av dommerne dette punktet og uttalte at alle former for grensekontroll er underkastet menneskerettslige standarder:

All forms of immigration and border control (...) are subject to human rights standard (...) regardless of which personnel are used to perform the operations and the place where they take place.<sup>87</sup>

EMD fant at EMK artikkel 3, jf. artikkel 1, og artikkel 4 i protokoll 4 samt EMK artikkel 13 var krenket. EMD uttalte at staten plikter å sikre menneskerettighetene når dets myndighetspersoner utøver kontroll og autoritet over et individ utenfor territoriet, som Italia hadde gjort idet de tok flyktingene om bord på skipet.<sup>88</sup> Hva gjaldt statens ansvar for å sikre artikkel 3 prosessuelt, kjente EMD Italia ansvarlig for ikke å ha vurdert hvorvidt retur av

---

<sup>83</sup> Annual Activity Report, *op.cit.*, note 81, side 5.

<sup>84</sup> *Hirsi Jamaa*, *op.cit.*, note 30, side 26, avsnitt 76.

<sup>85</sup> *Ibid.*, avsnitt 77.

<sup>86</sup> *Ibid.*, avsnitt 178.

<sup>87</sup> *Ibid.*, side 75-76.

<sup>88</sup> *Ibid.*, avsnitt 74.



flyktningene ville utsette dem for en reell risiko basert på kjennskap til systematisk brudd på menneskerettighetene i Libya, uavhengig av hvorvidt migrantene søkte beskyttelse eller ikke.<sup>89</sup> Videre vurderte EMD artikkel 3 materielt, nemlig hvorvidt Italia kan holdes ansvarlig for indirekte refoulement ved at flyktningene kunne risikere vilkårlig tvangsretur til Eritrea og Somalia, og kom frem til at Italia burde på bakgrunn av internasjonale institusjoners rapportering om Libya vite eller burde ha visst om faren for vilkårlig tvangsretur til hjemlandet. Det gjaldt særlig på grunn av manglende asylprosedyrer og Libyas manglende anerkjennelse av flyktningstatus for reelle flyktninger, noe Italia skulle ha tatt hensyn til.<sup>90</sup> Endelig uttaler EMD med henvisning til vurderingen av EMK artikkel 3 at flyktningene ikke ble informert, identifisert eller gitt mulighet til å presentere sin sak og at de dermed ikke hadde tilgang til et utsettende effektivt rettsmiddel for å klage på dette.<sup>91</sup>

I *Medvedyev og andre mot Frankrike* ble det samme uttalt, nemlig at den maritime franske skipets formål, som var å bekjempe narkotikasmugling, ikke kunne rettferdiggjøre operasjoner utenfor loven, og EMK, som staten har forpliktet seg til å sikre.<sup>92</sup>

Forarbeidene til EMK artikkel 4 protokoll 4 uttaler at begrepet «expulsion» skal tolkes generelt.<sup>93</sup> Det må ses i sammenheng med forbudet mot refoulement som gjelder ovenfor alle – «whether they are stateless or possess another nationality».<sup>94</sup>

EMD uttalte i *Hirsi Jamaa* at formålet med forbudet mot refoulement også er prosessuell rettssikkerhet:

“to prevent States from forcibly transferring groups of aliens to other States without examining their personal circumstances and, consequently, without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority”.<sup>95</sup>

Dette tilsvarer den prosessuelle side av EMK artikkel 3. Med henvisning til effektivitetsprinsippet argumenterte EMD at denne også må gjelde der potensielle flyktninger

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, avsnitt 134.

<sup>90</sup> *Ibid.*, avsnitt 156-157.

<sup>91</sup> *Ibid.*, avsnitt 201-203.

<sup>92</sup> *Medvedyev and Others v. France*, EMD dom fra 29. mars 2010, avsnitt 81.

<sup>93</sup> Council of Europe, *Explanatory Report to Protocol 4 1963*, side 10, § 21 fjerde avsnitt.

<sup>94</sup> Council of Europe, “Article 4 of the Final Committee Draft”, side 505, avsnitt 34.

<sup>95</sup> *Hirsi Jamaa, op.cit.*, note 30, avsnitt 161.

befinner seg utenfor grensen, da konsekvensen kan være at de skyves tilbake uten å bli vurdert for beskyttelse.<sup>96</sup>

På denne måten utvides statens jurisdiksjon i form av ansvar til å gjelde myndighetsutøvelse også utenfor statens territorium, som på det åpne hav, da det å utelukke ekstraterritoriell jurisdiksjon ikke vil være i uoverensstemmelse med EMKs formål. Det vil også bryte med Wien-konvensjonen om traktatretten, som forutsetter at rettskildene til traktaten må tolkes helhetlig.

Standpunktet om at det ikke finnes et område utenfor menneskerettighetene er en utvikling eller kanskje snarere presisering av læren om at det ikke bør finnes rettstomme rom.

Førstvoterende viser til en sak om haitiske flyktninger (*Sale*), som forsøkte å ankomme amerikansk kyst og ble avskåret av amerikansk marine. Amerikansk høyesterett uttalte her at non-refoulement prinsippet ikke kommer til anvendelse eksteritorialt, og at det dermed kan finnes rettstomme områder uten beskyttelse for flyktninger som forsøker å søke asyl på en annen stats territorium.<sup>97</sup>

At amerikansk høyesterett og EMD har kommet til motsatte konklusjoner, riktignok med utgangspunkt i henholdsvis flyktningkonvensjonen kontra EMK, er naturligvis interessant fordi begge sett av bestemmelser beskytter flyktninger mot *refoulement*. Avgjørelsen i *Sale* har imidlertid vært kritisert, og de ulike resultatene kan derfor også skyldes at amerikansk høyesterett tolket flyktningkonvensjonen for snevert.<sup>98</sup> EMD var oppmerksom på denne avgjørelsen og viste til den i sin dom, uten at det endret EMDs standpunkt i saken.

I *M.A. mot Litauen* viser en av dommerne i sitt særvotum<sup>99</sup> til UNHCRs «Executive Committee» sin oppfølging av New York-erklæringen om flyktninger og migranter,<sup>100</sup> hvor det i en uttalelse i en nylig «Note on International Protection» heter:

The principle of non-refoulement represents a cornerstone of the international refugee protection regime, prohibiting the expulsion or return of a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his or her life or freedom would be threatened. It requires, as a general rule, that States grant individuals seeking international protection access to the

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, avsnitt 162.

<sup>97</sup> *Sale v. Haitian Center Council*, Dom fra amerikansk høyesterett 1993, 509 US 155, 113.

<sup>98</sup> Se for eksempel Guy Goodwin-Gill, "The Haitian Refoulement Case: A Comment", *International Refugee Law*, 1994, s. 104-105.

<sup>99</sup> *M.A. v Lithuania*, *op.cit.*, note 25, side 48, avsnitt 22.

<sup>100</sup> New York-erklæringen, *op.cit.*, note 14.

territory and fair and efficient asylum procedures or group-based protection mechanisms, notably in a large-scale influx situation.<sup>101</sup>

Prinsippet om non-refoulement er utviklet til en sedvane innen internasjonale rett hvor formålet går ut på forbud mot retur «*in any manner whatsoever*» til landet hvor en flyktning kan bli utsatt for forfølgelse. Formålet ivaretas av at staten holdes til ansvar der de utøver myndighetene. Tilgang til territoriet og adgang til effektiv asylprosedyre forutsetning for at prinsippet om non-refoulement ikke brytes, et prinsipp som supplerer retten til å søke asyl etter Verdenserklæringen artikkel 14, og er en forutsetning for overholdelse av forbudet mot tortur og nedverdiggende behandling og retten til liv etter EMK artikkel 3 og artikkel 2 (som i denne oppgaven ellers ikke er fokusert spesielt på siden de fleste saker om asylrett gjelder EMK artikkel 3).

#### **4.5 Nærmere om enkelte spørsmål som ikke er direkte løst gjennom EMDs rettspraksis**

Ikke alle spørsmål om bruk av fysiske hindringer og fysisk maktbruk for å hindre tilgang til territorium og prosedyrer er direkte løst gjennom EMDs rettspraksis, for eksempel tiltak som iverksettes på en annen stats territorium. Der staten utøver maktbruk over en annen stats territorium i form av effektiv kontroll over territoriet er presumsjonen for *de jure* jurisdiksjon sterk, og dermed at staten er fullt ut ansvarlig for fysiske hindringer også når disse ikke kan knyttes direkte til staten. Men ellers kan det tenkes forskjellige faktiske situasjoner, enten tiltak og maktbruk skjer i samarbeid eller forståelse med den andre staten eller ikke. Et viktig tema synes å være hvor terskelen ligger for at EMD skal konkludere med jurisdiksjon og ansvar i disse tilfellene.

I sin analyse kom Gammeltoft-Hansens frem til at *de facto* jurisdiksjon krever overskridelse av en høy terskel og hadde hittil (per 2010) kun blitt anvendt på tilfeller av varetektsfengsling og arrest.<sup>102</sup> Spørsmålet er om en så restriktiv linje i EMDs praksis bekreftes av storkammerdommen *Al Skeini*, hvor flertallet kom frem til at britiske styrker utøvde *de jure* jurisdiksjon ved å føre tilstrekkelig effektiv kontroll over territoriet<sup>103</sup>, utføre oppgaver vanligvis tilegnet de irakiske myndighetene i landet, samt autoritet og kontroll over individene

---

<sup>101</sup> UNHCR (Executive Committee), *Note on International Protection*, EC/SC/69/CRP.88, § 21, 4 June 2018.

<sup>102</sup> Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2011, side 102.

<sup>103</sup> *Al Skeini and others v. United Kingdom*, EMDs dom fra 7 juli 2011, avsnitt 138-139 og avsnitt 149.

som ble drept som følge av skuddveksling og tortur med døden til følge.<sup>104</sup> Spesielt skuddveksling kan implisere en lavere terskel for ansvar, selv om det her var i kombinasjon med kontroll over visse statlige funksjoner. Enda lenger synes EMD å ha gått i *Issa mot Tyrkia*,<sup>105</sup> hvor EMD godtok at Tyrkia hadde utøvd effektiv kontroll over et lite område i Nord Irak,<sup>106</sup> selv om denne var midlertidig og svak sammenlignet med kontrollen i *Al Skeini*. I samme retning trekker *Öcalan mot Tyrkia*,<sup>107</sup> hvor tyrkiske myndigheter ble ansett for å ha fått svak men tilstrekkelig autoritet og kontroll over klageren *idet* de pågrep ham på et tyrkisk registrert fly i internasjonal sone på en flyplass i Kenya som enda ikke hadde tatt av, etter å ha blitt utlevert av kenyansk myndighetsperson mot hans vilje.<sup>108</sup>

Denne utviklingen i rettspraksis åpner for å justere ned terskelen også for andre tilfeller med mindre og svakere kontroll over et territorium eller individ i en tredjestat. Et eksempel kan være bruk av innvandringsoffiserer som blir plassert på grensestasjoner og flyplasser i andre land. Formålet er at de skal kontrollere personer som vil krysse inn til landet fra tredjelandet, og intervju dem, uten selv å ha direkte juridisk myndighet til å forhindre personer fra å gå ombord i et fly, tog eller en buss som skal krysse grensen, eller fra å ankomme en grensestasjon i offiserenes hjemland. Likevel etterkommer transportselskaper offiserenes råd aller anmodning, noe som kan begrunnes med frykten for økonomiske sanksjoner knyttet til å bringe en uautorisert migrant til landet.

En slik sak har blitt behandlet i britisk høyesterett (House of Lords).<sup>109</sup> Bakgrunnen var en økende ankomst av romanifolket fra Tsjekkia. Storbritannia utplasserte da sine egne innvandringsoffiserer med juridisk autoritet utledet fra britisk utlendingsrett på Praha flyplass. Guy Goodwin-Gill prosederte på vegne av UNHCR og argumenterte for at Storbritannia hadde utøvd ekstraterritoriell jurisdiksjon ved å ha «*effectively extended its frontiers into the Czech Republic*».<sup>110</sup> Med støtte i *Bankovic*-saken for EMD,<sup>111</sup> kom høyesterett (House of Lords) til at det var tvilsomt hvorvidt offiserene, selv om de opererte på vegne av staten, kunne sies å ha utøvd jurisdiksjon over ikke-britiske borgere. Høyesterett vurderte også

---

<sup>104</sup> *Ibid.*, avsnitt 135-137, og avsnitt 150.

<sup>105</sup> *Issa and Others v. Turkey*, EMD dom fra 30. mars 2005.

<sup>106</sup> *Ibid.*, avsnitt 70.

<sup>107</sup> *Öcalan, op.cit.*, note 56.

<sup>108</sup> *Ibid.*, avsnitt 91.

<sup>109</sup> *European Roma Rights Centre and Others v. Immigration Officer at Prague Airport and Another*, dom fra House of Lords, Judgment, UKHL 55, 2004.

<sup>110</sup> *Ibid.* Se også Goodwin-Gill, *Amicus Curia* for UNHCR, avsnitt 1-3-106.

<sup>111</sup> *Bankovic, op.cit.*, note 61.

hvorvidt det britiske tiltaket var i strid med SP artikkel 26 om forbud mot diskriminering, og kom frem til at den særlige kontrollen av asylsøkere fra romani folket medførte brudd på konvensjonen.<sup>112</sup> Samtidig ble det konkludert med at Storbritannia ikke hadde brutt non-refoulement prinsippet i flyktningkonvensjonen artikkel 33 da romani folket fortsatt var på eget territorium.<sup>113</sup>

Det som er mest interessant for denne oppgavens tema, er at britisk høyesterett la til grunn til at Storbritannia hadde utøvd myndighet på flyplassen i Praha. Det betyr at domstolen erkjente at staten utøvde en form for ekstraterritoriell jurisdiksjon, som vil kunne medføre ansvar etter EMK (som ikke ble vurdert av britisk høyesterett). Det er likevel ikke sikkert at EMD vil anse tilsvarende tiltak som på Praha flyplass for å oppfylle terskelen for tilstrekkelig *de facto* kontroll i en eventuell fremtidig sak for EMD. Svaret på spørsmålet kan tenkes å avhenge av dommernes vektlegging av effektivitetsprinsippet kontra andre hensyn. Det er også et spørsmål om hvilken bestemmelse i EMK som rekker lengst i favør av asylsøkere i slike tilfeller, men det er antakelig artikkel 4 i fjerde tilleggsprotokoll som er mest anvendelig, særlig hvis avskjæringen er rettet mot en bestemt gruppe utlendinger.

Et beslektet spørsmål er hvorvidt bilaterale avtaler mellom to stater om regulering av deres felles eller nært samarbeidende jurisdiksjon påvirker statens ekstraterritoriale ansvar. Slike avtaler synes i dag å bli brukt i stort omfang, særlig av landene langs kysten i Sør-Europa. Spania har etter avtale med Mauritius og Senegal blitt enige om å tillate deres offiserer om bord i spansk skip i forbindelse med avskjæring av flyktninger i deres respektive territoriale farvann. En slik avtale brukes for å justere eget ansvar av kontroll over flyktninger. Spania kan si at kontroll over flyktninger skjedde på annen stats territorium hvor vedkommende stats offiserer kontrollerte migrantene.

Italia og Albania hadde inngått samme type avtale i 1997. Da et italiensk krigsskip kolliderte med en albansk båt med presumtive flyktninger om bord, som sank, ble Italia for EMD i *Xhavara* ikke hørt med at Italia ikke hadde (de facto) jurisdiksjon over den albanske båten og personene om bord.<sup>114</sup> EMD uttalte at siden den albanske båten sank som følge av kollisjonen,

---

<sup>112</sup> *European Roma Rights, op.cit.*, note 108, avsnitt 45, avsnitt 98-99.

<sup>113</sup> *Ibid.*, avsnitt 308-309.

<sup>114</sup> *Xhavara and Others v. Italy and Albania*, EMD dom fra 11. januar 2007.

så var Italia ansvarlig for flyktingene. Avtalen med Albania kunne ikke i seg selv påføre Albania ansvar for Italias implementering av avtalen.<sup>115</sup>

*Al Saadon og Mufdhi* gjaldt to irakiske borgere som britiske styrker holdt fengslet i Irak.<sup>116</sup> Saksøkerne ba om ikke å bli utvist til irakiske myndigheter da de fryktet for sitt liv siden Irak har dødsstraff. Storbritannia argumenterte med at de etter avtale med Irak var forpliktet til å returnere borgerne. Etter henvisning til viktigheten av internasjonalt samarbeid, refererte EMD til EMKs spesielle karakter og konkluderte med at ansvaret ikke kan begrenses slik:

A contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. [EMK] makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of the Contracting Party's "jurisdiction" from scrutiny under the convention.<sup>117</sup>

Basert på de ovenfor nevnte dommer kan er en avtale om justering av jurisdiksjon eller krav om at personer skal utleveres eller tilbakesendes til en tredjestat ikke i seg selv frita fra ansvar etter konvensjonen. I tilfeller der forholdet mellom territoriell og ekstraterritoriell handlende stater er snudd rundt, kan vurderingen bli litt annerledes. Eksempelvis har Italia og Libya på grunnlag av avtale operert med felles avskjæringspatroljer. Italia har gitt skip til Libya som brukes med libysk flagg med italienske offiserer om bord. I slike tilfeller kan det være vanskeligere å bevise at Italia har tilstrekkelig kontroll til å bli holdt ansvarlig for skipets avskjæring av asylsøkere som forsøker å reise fra Libya til Italia.

En lignende type samarbeidsavtale gjelder også mellom Norge og Russland om regulering av flyktingers adgang til Storskog fra Russland under flyktingkrisen i 2015.<sup>118</sup> Der en person ønsket å reise fra Russland til Storskog, måtte vedkommende vise sitt pass til den russiske grensevakten, som leverte passet til en norsk offiser på den norske grensen. Deretter ble passet undersøkt og gitt tilbake til russisk grensevakt, som returnerer den til individet som venter på russisk side. Der vedkommende hadde gyldige reisedokumenter ga norsk grensevakt

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, avsnitt 4.

<sup>116</sup> *Al Saadon and Mufdhi v. United Kingdom*, EMD dom fra 2. februar 2010.

<sup>117</sup> *Ibid.*, avsnitt 128.

<sup>118</sup> Se nærmere Politidirektoratet (POD), *Den langsomme krisen – asylankomster over Storskog grensepasseringssted – erfaringer fra høsten 2015*, april 2016. Se også NOAS, *Norway's Asylum Freeze, a Report on Norway's response to increased asylum arrivals at the Storskog border crossing with Russia in 2015 and subsequent legal developments*, 2019.

beskjed til russisk grensevakt om at vedkommende fikk lov til å passere. Ved et tilfelle syklet to individer til Norge selv om deres reisedokumenter ikke var gyldig. På den norske grensen ble de bedt om å reise tilbake til Russland, hvilket de gjorde.<sup>119</sup>

Gjennom denne avtalen med Russland har Norge gjort det mulig å avskjære asylsøkere fra å komme til Norge ved hjelp av Russland. Dette ligner litt på Italias avtale med Libya om ikke å tillate flyktninger å komme til italiensk farvann. På denne måten søker statene å unngå at sikrepplikten gjør seg gjeldende både på deres territorium ved at flyktninger ikke får adgang til territoriet og kan søke om beskyttelse – hvilket vi har sett foran i denne oppgaven kan stride med prinsippet om non-refoulement, jf. også EMK artikkel 3 og EMK artikkel 4 i protokoll 4. Med vekt på formålet bak EMK artikkel 1, å beskytte menneskers rettigheter, og EMDs rettspraksis om at stater også kan bli holdt ansvarlig for virkninger av deres handlinger, kan avtalen mellom disse to landene være problematisk når den anvendes på asylsøkere fra tredjeland.

Avslutningsvis i dette avsnittet skal nevnes at det kan være en fin grense mellom fysiske tiltak og psykiske virkemidler i form av press og trusler uten direkte fysisk kontakt. Enkelte slike tiltak kan derfor kanskje måtte likestilles med fysisk avskjæring eller maktbruk overfor asylsøkere, uten det er mulig å gå nærmere inn på dette spørsmålet her.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> *Ibid.*, side 16.

<sup>120</sup> Solomon, *op.cit.*, note 53.

## 5 Konklusjon

I denne oppgaven har jeg forsøkt å finne ut når et fysisk tiltak eller bruk av makt for å hindre asylsøkere tilgang til statens territorium og en reell asylprosedyre er lovlig eller ulovlig etter EMK.

Analysen av rettspraksis som retningsgivende rettskilde ved tolkningen av de mest relevante bestemmelser i EMK for besvarelsen av denne problemstillingen, viser at EMD har lagt stor vekt på begrepet jurisdiksjon i slike saker når menneskerettslig ansvar skal vurderes, jf. EMK artikkel 1. Dette begrepet benyttes både i betydningen *de jure* og *de facto* jurisdiksjon.

Samtidig er staten ikke ansvarlig for handlinger andre stater foretar seg, også på en annen stats territorium, hvilket taler for at statens ansvar rekker til kanten av deres evne til kontroll og autoritet. Nettopp grunnet statens evne til kontroll og autoritet kan staten også holdes ansvarlig for påregnelige virkninger av deres handlinger. Staten skal heller ikke helt kunne frasi seg ansvar ved å handle på en annens stat. EMDs rettspraksis indikerer at stater som inngår avtaler sammen for å forhindre at personer som har behov for beskyttelse får adgang til territoriet, kan bli ansvarlig.<sup>121</sup>

Det avgjørende i mange tilfeller er om staten har hatt en tilstrekkelig grad av kontroll over et territorium, område eller en person. Det synes å være tale om en terskelvurdering, men også slik at rent faktiske handlinger og fysiske tiltak kan utløse ansvar.

De sakene som mest direkte gjelder bruk av fysiske tiltak og maktbruk for å avskjære asylsøkere synes å tegne et nokså klart bilde av gjeldende EMK-rett. Dersom en asylsøker er kommet innenfor statsterritoriet eller befinner seg på en stats grensestasjon, kan ikke personer som søker eller må antas å ville søke asyl nektes tilgang til en reell asylprosedyre. Avskjæring i slike tilfeller vil regelmessig innebære en krenkelse av artikkel 4 i fjerde tilleggsprotokoll (forbudet mot kollektiv utvisning), i hvert fall hvis flere personer ankommer samtidig. Det vil også kunne være krenkelse av EMK artikkel 3, eventuelt både av den prosessuelle og materielle side, og av EMK artikkel 13 sammenholdt med EMK artikkel 3. Denne rettstilstanden følger av den nå rettskraftige *M.A.-dommen* mot Litauen, og støttes av dommene i *N.D. og N.T. mot Spania* (ikke rettskraftig) og av storkammerdommen *Hirsi Jamaa mot Italia*. En stat kan heller ikke komme unna ansvar for fysiske tiltak på grensen,

---

<sup>121</sup> *Xhavara, op.cit.*, note 113; *Hirsi Jamaa, op.cit.*, note 30; *ND. and NT, op.cit.*, note 25.



som for eksempel et grensegjerde i kombinasjon med fysisk maktbruk overfor de som forsøker eller klarer å forsere gjerdet, ved å hevde at grensesonen og tiltakene befinner seg utenfor virkeområdet av egen utlendingslovgivning (N.D. og N.T. mot Spania). Også avskjæring av asylsøkere utenfor eget territorium (eksterritorialt) kan innebære brudd på EMK når en stat utøver jurisdiksjon over personer, som Hirsi Jama-dommen tydelig har vist. De vanskeligste og mest uklare tilfellene rettslig sett etter EMK, synes fortsatt å gjelde der hvor to eller flere stater samarbeider om å avskjære asylsøkere på en av statenes territorium eller på det åpne hav.

EMDs tolkningsmetode synes å ha vært viktig for resultatet i de aktuelle sakene. Da EMDs tradisjonelle tolkning er formålsorientert, tolkes EMK artikkel 3 og artikkel 4 i fjerde protokoll i lys av konvensjonens formål med sikte på å gi rettighetene effektiv virkning. Formålet, å beskytte menneskers rettigheter, er dynamisk i den hensikt å tilpasse konvensjonens anvendelse til aktuelle og eventuelt nye faktiske situasjoner. På den annen side kan denne metodiske tilnærmingen med vekt på effektivitetsprinsippet kanskje også gjøre den nevnte linjen i rettspraksis sårbar for en strengere ordlyds- og forarbeidsorientert tolkningsmetode hvis det skjer et skifte i metodisk grunnsyn blant dommeren i Strasbourg. Jeg har i den forbindelse i kapittel 3 pekt på at EMD i nylig storkammer-dom, *S., V. og A. Mot Danmark*, muligens kan være et skritt i den retning selv om det i den saken ikke handlet om asylsøkere.

Kanskje er de tilsynelatende forskjellene i tolkningstilnærming også et utslag av hvilke interesser som står på spill. EMD har flere ganger pekt på at asylsøkere er i en sårbar situasjon, noe som for eksempel ble tydelig uttrykt i storkammerdommen *M.S.S. mot Belgia og Hellas*:

The Court attaches considerable importance to the applicant's status as an asylum-seeker and, as such, a member of a particularly underprivileged and vulnerable population group in need of special protection.<sup>122</sup>

Et bedre svar på tendensen i rettsutviklingen fremover vil vi kanskje få når *N.D. og N.T. mot Spania* har blitt behandlet storkammer.

---

<sup>122</sup> *M.S.S., op.cit.*, note 23, avsnitt 251.

## 6 Kilderegister

### Konvensjoner

Universal Declaration of Human rights, 10 desember 1948

The Vienna Convention on Diplomatic Relations, (WK), 18 april, 1961.

Convention relating to the Status of Refugees, (FK), 28 july 1951.

European Convention on Human rights, 4 november 1950

European Convention on Human Rights, Protocol, 4.

International Covenant on Civil and Political Rights, 3 january 1976,

### Internasjonale Avtaler

New York Declaration for Refugees and Migrants, Resolution 19 September 2016,  
A/Res./71/1, General Assembly, 3 October 2016.

Regulation (EU) NO 604/2013 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE  
COUNCIL, 26 June 2013 (Dublin avtalen)

### Forarbeider, rapporter, rundskriv, høringer

Explanatory Report to Protocol 4 1963

European council, “Article 4 of the final Committee draft”, side 505, avsnitt 34.

European council, collected edition, DH/Exp (61) 35, 17 oktober 1961.

De Forente Nasjoners Høykommissær for flyktninger (UNHCR), *Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling i henhold til 1951-konvensjonen og 1967-protokollen om flyktningers rettsstilling*, [norsk oversettelse ved Norsk Organisasjon for Asylsøkere, utgitt med støtte fra Utenriksdepartementet og Justisdepartementet], Oslo 2003, s. 75.

UNHCR, Executive Committee, 4 June, 2018, Note on international protection, EC/SC/69/CRP.88.

Annual activity report 2015 by Nils Muiznieks, *Commissioner for Human Rights of the Council of Europe*, 14 March 2016.

### **Faglitteratur - bøker**

Se eksemplet omtalt i Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, Cicero Publisher, Bergen, 2000.

Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The refugee in international law*, 3 edition, Oxford University Press, 2011.

William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A commentary*, Oxford University Press, 2015,

Thomas Gammeltoft-Hansen, *Access to asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge studies in international and comparative law, 2011, side 102.

Solon Solomon, “Migrant boats on the high seas and their interception through psychologically coercive measures: is there a case to extraterritorially apply human rights law?”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, side 42.

Theodore Baird, “Carrier Sanctions in Europe: A Comparison of Trends in 10 Countries”, *European Journal of Migration and Law*, 28 September 2017

Andrea Ronsburg, “EU-Turkey migrant deal done”, *News and current affairs from Germany and around the world*, 18 March 2016.

Aftenposten, «Flere partier er åpne overfor UDI-direktørens asylforslag – KrF villig til å diskutere om dagens asylsystem skal avskaffes», *Aftenposten*, 6. januar 2016.

UN “UN affirms “historic” global compact to support world’s refugees” *UN news*, 17 desember 2018.

NOAS, “Norway’s Asylum Freeze, a report on Norway’s response to increased asylum arrivals at the Storskog border crossing with Russia in 2015 and subsequent legal developments”<sup>2</sup>, Norwegian Organisation for Asylum Seekers, 2019.

### **Menneskerettsdomstolen i Strasbourg dommer**

*Soering v. The United Kingdom*, (plenumsdom) EMD dom fra 7 juli 1989, application no. 14038/88.

*Vilvarajah and others v. United Kingdom*, Grand Chamber, EMD dom fra 30 oktober 1991, Application no. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87.

*Chahal v. United Kingdom*, Grand Chamber, EMD dom fra 15 november 1996, application no. 22414/93.

*MSS V. Belgium and Greece*, Grand Chamber, EMD dom fra 21 januar 2011, application no. 30696/09.

*MA and others v. Lithuania*, (rettsraftig) EMD dom fra 11 desember 2011, Application no. 59793/17.

*Hirsi Jamaa and others vs. Italy*, Grand Chamber, EMD dom fra 23 february 2012, Application no. 27765/09.

*S.V. and A v. Denmark*, EMD dom fra. Oktober 2018, application no. 35553/12, 36678/12 og 36711/12.

*Ilascu and others v. Moldova and Russia*, (rettskraftig) EMD dom fra 8 juli 2004, application no. 48787/99.

*Bankovic and others v. Belgium and others*, Grand Chamber, EMDs dom fra 12 desember 2001, application 52207/99.

*Al Nashiri v. Poland*, (rettskraftig) EMD dom fra 24 juli 2014, application no. 28761/11.

*Issa and Others v. Turkey*, (rettskraftig) EMD dom fra 30 mars 2005, application no. 31821/96.

*Isaak and Others v. Turkey* (rettskraftig) EMD dom fra 24 september 2008, Application no. 44587/98.

*Al Skeini and others v. United Kingdom*, Grand Chamber, EMDs dom fra 07 juli 2011, application no. 55721/07.

*Öcalan v. Turkey*, Grand Chamber, EMD dom fra 12 mai 2005, application no. 46221/99.

*Cyprus v. Turkey*, EMD dom fra 10 mai 2001, application no.25781/94.

*ND. And N.T. v Spain*, (rettskraftig) EMDs dom ifra 29 januar 2018, application no. 59793/17.

*Pad and others v. Turkey* EMDs dom fra 28 juni 2007.

*F.G. v. Sweden*, EMDs dom fra 23 mars 2016, avsnitt 119-127.

*Medvedyev and others v. France*, Grand Chamber, EMDs dom fra 29 mars 2010, Application no. 3394/03.

*Xhavara and Others v. Italy and Albania*, EMD dom fra 11 januar 2007.

*Al Saadon and Mufdhi v. United Kingdom*, EMD dom fra 2 februar 2010.

### **Andre domstoler**

*Lopez Burgos v. Uruguay*, ICJ dom fra 29 juli 1981 **Communication No. 52/1979**.

*Sale v. Haitian Center Council*, Amerikansk høyesterett sin dom i fra 1993, judgement of 509US155,113.

*European Roma Rights Centre and Others v. Immigration Officer at Prague Airport and Another*, dom fra House of Lords.

### **Andre**

Fillipo Grandi, «*The parliament of Ethiopia has approved one of the most progressive refugee laws in Africa, upholding the spirit and approach of the Global Refugee Compact*», Twitter, 18 januar 2019.

Politidirektoratet, «den langsomme krisen – asylankomster over Storskog grensepasseringssted – erfaringer fra høsten 2015», april 2016.

Internett linker:

<https://www.aftenposten.no/norge/politikk/i/z4LK/Flere-partier-er-apne-overfor-UDI-direktorens-asylforslag>

<https://news.un.org/en/story/2018/12/1028791>.

