

UiO : **Det juridiske fakultet**

Flyktningekonvensjonens art. 31 (1)

Kandidatnummer: 559

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 15173



Table of Contents

1 Innledning.....	3
1.1 Om flyktningekonvensjonens artikkel 31 (1).....	3
1.2 Problemstilling.....	4
1.3 Struktur.....	6
1.4 Kort om traktatolking.....	7
2 Konvensjonsbestemmelsens normative innhold.....	9
2.1 Normsubjektene.....	9
2.1.1 Innledning.....	9
2.1.2 Pliktsubjektet – "The contracting states".....	9
2.1.3 Rettighetssubjektet – "refugees".....	10
2.2 Tema.....	14
2.2.1 Innledning.....	14
2.2.2 "shall not impose".....	15
2.2.3 "penalties".....	16
2.2.4 "on account of".....	22
2.2.5 "illegal entry or presence".....	23
2.3 Situasjonsbetingelsene.....	25
2.3.1 Innledning.....	25
2.3.2 "coming directly".....	26
2.3.3 "present themselves without delay".....	32
2.3.4 "show good cause".....	41
3 Artikkel 31 (1) i norsk rett.....	43
4 Litteraturliste.....	46

1 Innledning

1.1 Om flyktningekonvensjonens artikkel 31 (1)

I et notat fra januar 1950 påpekte FNs generalsekretær at lovlig innreise i et annet land sjeldent er like kurant for flyktninger som for utlendinger for øvrig:

*"A refugee whose departure from his country of origin is usually a flight, is rarely in a position to comply with the requirements for legal entry (possession of national passport and visa) into the country of refuge."*¹

Generalsekretæren var av den oppfatning at et amnesti mot sanksjoner i slike tilfeller ville være i tråd med asylinstituttet:

"It would be in keeping with the notion of asylum to exempt from penalties a refugee, escaping from persecution, who after crossing the frontier clandestinely, presents himself as soon as possible to the authorities of the country of asylum and is recognized as a bona fide refugee." (uth. utelatt)²

Uttalelsen var en kommentar til et utkast³ til det som til slutt ble til artikkel 31 (1) i The 1951 Convention relating to the Status of Refugees (*flyktningkonvensjonen* heretter).

Flyktningkonvensjonens art. 31 (1) etablerer et amnesti som på en side er mer omfattende enn generalsekretærens synspunkter da det i tillegg til ulovlig innreise også omfatter ulovlig opphold. På en annen side bygger amnestiet på flere betingelser. Etter en prosess som som varte fra 12 februar 1946 til 28 juli 1951 og innbefattet møtevirksomhet og forhandlinger i komiteer, råd, konferanser og FNs generalforsamling⁴ ble den endelige ordlyd i art. 31 (1) som følger:

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

¹ Memorandum E/AC.32/2 s 46

² Memorandum E/AC.32/2 s 46

³ Utkastet lød: "The penalties enacted against foreigners entering the territory of the Contracting Party without prior permission shall not be applied to refugees seeking to escape from persecution, provided that such refugees present themselves without delay to the authorities of the reception country and show good cause for their entry", se Memorandum E/AC.32/2 s 46

⁴ Se Einarsen s 49 avsnitt 22

Amnestiet utgjør imidlertid kun en del av det vern som oppstilles i art. 31 under overskriften "Refugees unlawfully in the country of refugee". Bestemmelsens annet ledd gir opphav til ytterligere to regler. *For det første* begrenses myndighetenes spillerom til å innskrenke flyktningers bevegelsesfrihet, jf annet ledd første setning:

"The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country."

Begrensningen har en kvalitativ og en kvantitativ side. Kvalitativt består den i at eventuelle inngrep i bevegelsesfriheten må stå i forhold til den usikkerhet som foreligger omkring identitet og annen bakgrunnsinformasjon. Kvantitativt settes en tidsmessig begrensning for den lovlige frihetsberøvelse.

For det andre oppstilles en for myndighetene positiv forpliktelse til å sørge for at flyktninger gis mulighet til å søke adgang til et tredjeland, jf. annet ledd andre setning:

"The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country."

Dette må sees på bakgrunn av den tillatte frihetsberøvelse i art. 31 (2) første setning (se like over) hvor nettopp adgangen til et tredjeland utgjør en av to resolute omstendigheter for frihetsberøvelsen. Flyktninger gis med dette mulighet til å påvirke egen skjebne ved å få avbrutt den tillatte frihetsberøvelse, en mulighet som kan ha stor egenverdi for flyktninger i en ellers fastlåst situasjon.

Den følgende fremstilling omhandler kun amnestiet i artikkel 31 (1).

1.2 Problemstilling.

Fremstillingen tar sikte på å undersøke innholdet og rekkevidden av flyktningskonvensjonens art. 31 (1) for norsk retts vedkommende. Dette innebærer *for det første* en tolking av konvensjonsbestemmelsen i henhold de folkerettslige regler om traktattolking (se avsnitt 1.4 under). Oppgaven blir å indentifisere og tolke konvensjonsbestemmelsens sentrale termer og undersøke disse innbyrdes forhold for å kunne ta stilling til konvensjonsbestemmelsens normative innhold.⁵ *For det andre* må spørsmål i kategorien folkerettens stilling i norsk rett

⁵ Dvs. tolkningsresultatet, frembrakt i henhold til rettskildenormentene innen det rettsystem normen er en del av

behandles. Søkelyset rettes her mot hvordan en eventuell konflikt mellom flyktningekonvensjonens artikkel 31 (1) og norsk rett skal løses, alternativt (og i mer relativistisk terminologi) hvilken vekt artikkel 31 (1) har som rettskildefaktor i det norske rettsystem. Fremstillingen kommer til å ha en betydelig slagside i favør av den første delen av problemstillingen. Dels skyldes dette undersøkelsesgjensiden selv – en konvensjonsbestemmelse i form av en eneste stor setning med en rekke interne referanser og diffuse uttrykk. Dels skyldes dette at den siste problemstillingen ikke er spesielt omfattende i et norsk rettskildebilde preget av sektormonistisk lovgivning. Siktemålet er dessuten ikke folkerettens stilling i norsk rett generelt, men flyktningekonvensjonens art. 31 (1) spesielt. Dette til tross – problemstillingen gir fremstillingen et norsk perspektiv.

Forhåpentligvis vil undersøkelsen gi en oversikt over grensene for det vern som kan utledes av flyktningekonvensjonens artikkel 31 (1) og dermed over rettstilstanden til flyktninger i Norge sett i lys av dette vern. Temaet omhandler kun en liten del av de problemer flyktninger står overfor i forsøk på å nå en trygg(ere) havn, men det har viktige rettssikkerhetsmessige implikasjoner all den tid det er spørsmål om bruk av sanksjoner (herunder straff).

Temaets aktualitet generelt sett varierer med omfanget av slike omstendigheter i andre land som driver mennesker på flukt. Aktualiteten konkret for Norges del beror i tillegg på mulighetene for å kunne krysse norsk riksgrense, en mulighet som avhenger av hvor i verden flukten starter sammenholdt med kostnaden forbundet med transport. Mulighetene for å flykte over større avstander er imidlertid betraktelig bedre i dag sammenliknet med situasjonen på den tid flyktningekonvensjonen ble vedtatt. Som det heter hos Noll:

*"With the advent of air travel, there are hardly any distant or otherwise inaccessible countries"*⁶

⁶ Jf Noll s 1261 avsnitt 67 under henvisning til en uttalelse av Robinson (sitatetegn utelatt)

1.3 Struktur

Oppgaven i avsnitt 2 blir å tolke artikkel 31 (1). Til grunn for fremstillingen av tolkningsprosessen ligger en systematikk basert på tanken om at en norm eller regel⁷ kan beskrives som en forbindelse mellom tre elementer: 1) tema,⁸ 2) normssubjekt⁹ og 3) situasjonsbetingelser.¹⁰ *Tema* angir hva slags rettsforhold man står overfor, dvs. plikt eller kompetanse, samt det nærmere saksinnhold av dette rettsforhold.¹¹ *Normssubjekt* angir hvilke rettssubjekter som knyttes til tema, dvs. hvem som har en plikt, en rett¹², eller for kompetansenormers vedkommende, hvem som står i et makt- og avhengighetsforhold¹³ overfor hverandre. *Situasjonsbetingelser* angir de øvrige omstendigheter som må være til stede for å etablere eller aktivere rettsforholdet mellom normssubjektene. Disse kan være enten kumulative eller alternative i den grad alle, eller kun enkelte, må være til oppfylte. Situasjonsbetingelser har referanse til en uensartet gruppe fenomener fra handlinger til tilstedeværelsen av omstendigheter til subjektive holdninger. Andre normer inngår også i denne gruppen, noe som gir opphav til normrekkefølger eller kjeder.

Normssubjekt og situasjonelle betingelser er knyttet til tema på en slik måte at sistnevnte har en koordinerende rolle vis-à-vis de to førstnevnte. Situasjonsbetingelser er betingelser *for* tema, samtidig som normssubjekter er subjekter *for* tema. Nøyaktig de samme elementene kan stå i relasjon til et annet tema, men denne enheten utgjør da en alternativ eller en annen norm.¹⁴ To motstridende tema tilknyttet identiske normssubjekter og situasjonsbetingelser utgjør en normkonflikt,¹⁵ som må løses i henhold til kollisjonsnormene tilhørende samme rettsystem som de motstridende normer. To tema tilknyttet identiske normssubjekter og

⁷ Ordene *norm* og *regel* er synonymer i denne fremstilling.

⁸ Peczenik benytter ordet "handlingskarakteristikk", se Peczenik: Rättsnormer s. 12. Dette er dekkende for plikt- og kompetansenormer, men ikke for kvalifikasjonsnormene. Jf. Sundby s 57 og Eckhoff/Sundby s 88

⁹ Jf Sundby s 57

¹⁰ Jf Sundby s 55

¹¹ I tillegg kommer *kvailifikasjon*, men jeg utelater dette da det ikke har direkte betydning for fremstillingen.

¹²Jf. Hov: Rettergang I s.315-316

¹³Jf. Hov: Rettergang I s. 316-317

¹⁴Se om samme emne: rettskraft.

¹⁵Normkonflikten kan løses ved hjelp av kollisjonsnormene – *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior*, og som vi skal se i avsnitt 3 det alminnelige presumsjonsprinsipp. Se også Eckhoff[Helgesen] s. 343 – 346.

situasjonsbetingelser, som ikke står i motstrid til hverandre, kan derimot enten utfylle hverandre på ulike måter eller angå forhold uten berøringspunkter.

I tillegg til å danne grunnlaget for en hensiktsmessig systematikk for fremstillingen, bidrar dette perspektivet til å identifisere de sentrale (operasjonelle) termene og den sammenheng disse inngår i. Dette gjør det enklere å studere disse både isolert og i sammenheng, samtidig som strukturen kommer klarere til syne. Perspektivet innfører dessuten en terminologi for å snakke om normer og deres bestanddeler, noe som kan være til hjelp på traktatrettens område når man står overfor flere offisielle språkversjoner som må sammenliknes og eventuelt forenes.

1.4 Kort om traktatolking

Tolkingen av flyktningkonvensjonens art. 31 (1) må gjennomføres i henhold til de folkerettslige regler om traktatolking, slik disse er nedfelt i Vienna Convention on the law of treaties (1969) (*traktatkonvensjonen* heretter) artikkel 31 - 33. Innledningsvis må det bemerkes at traktatkonvensjonen er datert 1969 med ikrafttredelse i 1980, mens flyktningekonvensjonen er datert 1951 med ikrafttredelse 1955. Traktatkonvensjonen har ikke tilbakevirkende kraft, se dens artikkel 4¹⁶, med den følge at flyktningekonvensjonen ikke omfattes av traktatkonvensjonens regler i større utstrekning enn sistnevnte kodifiserer alminnelig folkerettslig sedvanerett. Det kan imidlertid legges til grunn at traktatkonvensjonens artikkel 31 - 33 representerer alminnelig folkerettslig sedvanerett, jf. Gardiner¹⁷ side 12 - 19 med henvisning til praksis fra ICJ, EMD og voldgift (både fra den permanente voldgiftsdomstol (PCA) og diverse ad hoc tribunaler). Følgelig kan og skal de regler som kommer til uttrykk i traktatkonvensjonen art. 31 - 33 legges til grunn ved tolking av traktater både mellom parter som ikke er part til traktatkonvensjonen (deriblant Norge og USA) og ved tolking av traktater fra tiden før traktatkonvensjonen ble inngått i 1969 og før dens ikrafttredelse i 1980.¹⁸

¹⁶ Jf. også art. 3 (b) og art. 28

¹⁷ Gardiner s 12 - 19

¹⁸ ICJ har i saker fra senere tid uttrykkelig uttalt at traktatkonvensjonens tolkningsregler er alminnelig folkerettslig sedvanerett, se Gardiner s 16, hvor det bl.a. vises til en sak fra 1999 hvor reglene ble benyttet ved tolkingen av en traktat fra 1890. Se også samme sted s. 5.

Traktatkonvensjonen oppstiller i artikkel 31 en hovedregel for tolking av traktater – "General rule of interpretation" (jf. overskriften). Denne går i hovedtrekk ut på at traktater skal tolkes i samsvar med den alminnelige betydning av de ord og uttrykk som er benyttet – som i hovedtrekk går ut på at traktater skal tolkes i samsvar med den alminnelige betydning av de ord og uttrykk som er benyttet ("the ordinary meaning of the terms of the treaty"), slik disse inngår i den språklige sammenheng ("in their context"), sett i lys av traktatens formål ("in the light of its object and purpose") og underkastet en rimelighetsstandard ("good faith")¹⁹, jf. første ledd. Hovedregelen spesifiserer dessuten i annet og tredje ledd hvilke faktorer som utgjør en del av konteksten i tillegg til den språklige sammenheng. Elementer som fortale, eventuelle tillegg ("annexes"), etterfølgende avtaler mellom traktatpartene, etterfølgende praksis blant traktatpartene og eventuelle folkerettslige regler av relevans nevnes. I følge fjerde ledd skal en spesiell betydning av et ord eller uttrykk legges til grunn på bekostning av en ellers alminnelig betydning i den grad det kan legges til grunn at dette var traktatpartenes hensikt.

Forarbeider i form av, men ikke begrenset til, "preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion" utgjør i følge traktatkonvensjonens art. 32 "supplementary means of interpretation". Traktatkonvensjonen anviser to ulike måter å trekke forarbeidene inn i tolkningsprosessen. *For det første* kan forarbeidene trekkes inn for å "confirm the meaning resulting from the application of article 31". Slik bruk i en ren støttefunksjon er ikke ytterligere betinget. Hvis man derimot – *for det andre* – ønsker å trekke forarbeidene inn for å "determine the meaning" kreves det enten at "the interpretation according to article 31 [...] [l]eaves the meaning ambiguous or obscure" eller at "the interpretation according to article 31 [...] [l]eads to a result which is manifestly absurd or unreasonable".

Tolkningsproblemer som følge av flere språkversjoner reguleres av artikkel 33.

Utgangspunktet er at alle offisielle språkversjoner har samme vekt med mindre en forrang kan utledes av traktaten selv eller at dette besluttes traktatpartene (se første ledd). Videre legges det til grunn en presumsjon for at de ord og uttrykk som er brukt i de ulike språkversjoner har identisk betydning (se tredje ledd). Hvis det ikke kan legges til grunn at en av språkversjonene

¹⁹ Uttrykket *good faith* er knyttet til en misbrukstankegang, se Gardiner s 151. Se også traktatkonvensjonens art. 26.

skal slå igjennom i tråd med første ledd, skal det tolkningsalternativ som i best mulig grad forliker de ulike versjoner, traktatens formål hensyntatt, legges til grunn.

Flyktningekonvensjonen foreligger i to offisielle språkversjoner – engelsk og fransk – og som det vil ha fremgått av sitater fra konvensjonen hittil tar denne fremstillingen utgangspunkt i den engelske språkversjonen. Den franske versjonen vil imidlertid bli undersøkt fortløpende i den grad relevante forskjeller i lys av traktatkonvensjonen art. 33 lar seg avdekke, men den vil uunngåelig havne i skyggen av den engelske som følge av undertegnendes mangelfulle franskkunnskaper.

2 Konvensjonsbestemmelsens normative innhold

2.1 Normsubjektene

2.1.1 Innledning

Normsubjektene er de rettssubjekter som står i et rettsforhold til hverandre gjennom tema, dvs. "The contracting states" og "refugees".

2.1.2 Pliktsubjektet – "The contracting states"

Konvensjonsbestemmelsen angir pliktsubjektet med uttrykket "The contracting states".

Uttrykket refererer til hver enkelt av de stater som til enhver tid er parter til konvensjonen og som ikke har uttrykt gyldige reservasjoner mot artikkel 31 (1), jf. art. 42. I tillegg omfattes stater som har tiltrådt The Protocol relating to the status of refugees (1967)

(*tilleggsprotokollen* heretter) da dens art. I (1) forplikter partene til å "apply articles 2 to 34 inclusive of the Convention to refugees". Også her må det gjøres unntak for gyldige reservasjoner mot art. 31 (1), jf. tilleggsprotokollens art. VII (1). For parter til både flyktningekonvensjonen og tilleggsprotokollen, vil reservasjoner i forbindelse med konvensjonen overføres til tilleggsprotokollen med mindre disse er trukket tilbake, jf. tilleggsprotokollens art. VII (2).

Føderalstater eller forbundsstater ("Federal or non-unitary State") likebehandles med andre

stater såfremt artikkel 31 (1) faller innenfor sentralmyndighetenes ("Federal Government") kompetanse, jf. art. 41 (a).²⁰ Sentralmyndigheten har dermed ikke anledning til å begrense konvensjonsbeskyttelsen til å omfatte kun enkelte territorier,²¹ og i denne sammenhengen til enkelte lokale myndigheter. For tilfellene hvor art. 31 (1) faller utenfor sentralmyndighetenes kompetanse pålegges sentralmyndigheten en plikt til å arbeide for at konvensjonen gis virkning i de enkelte delstater, kantoner²², provinser²³ e.l. (jf. art. 41 (b))²⁴. Etter en begjæring fra en av de øvrige traktatpartene er en føderalstat dessuten forpliktet til å

"supply a statement of the law and practice of the Federation and its constituent units in regard to any particular provision of the Convention showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action" (jf art.41 (c))²⁵

2.1.3 Rettighetssubjektet – "refugees"

Rettighetssubjektet angis med ordet "refugees". Konvensjonen oppstiller en definisjon av "refugee" i artikkel 1 A (2), som i følge traktatkonvensjonens art. 31 (4) skal legges til grunn:²⁶

"the term "refugee" shall apply to any person who:

(...)

- (2) As a result of events occurring before 1 January 1951 and owing to wellfounded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it."*

Definisjonen er utpreget teknisk, ikke minst som følge av tidsbegrensningen. Sistnevnte innebærer også at definisjonen er utpreget ubrukelig, da en velbegrunnet frykt, i definisjonens forstand, for omstendigheter som fant sted før 1951 må kunne sies å tilhøre de rent teoretiske

²⁰ Jf. Gil-Bazo s 1592. Jf tilleggsprotokollens art. VI (a)

²¹ Jf traktatkonvensjonens art. 29

²² Som er betegnelsen på de enkelte enheter i Sveits

²³ Som er betegnelsen på de enkelte enheter i Canada

²⁴ Jf. tilleggsprotokollens art. VI (b)

²⁵ Jf. tilleggsprotokollens art. VI (c)

²⁶ "A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended"

tilfellers kategori. Problemet er for så vist løst av tilleggsprotokollen hvor definisjonen ble modifisert til å omfatte

"any person within the definition of article 1 of the Convention as if the words "As a result of events occurring before 1 January 1951 and ..." "and the words"... "a result of such events", in article 1 A (2) were omitted" (jf. tilleggsprotokollens art. I (2))

For stater som ikke har tiltrådt tilleggsprotokollen vil definisjonen i flyktningekonvensjonen fortsatt gjelde. Det må i tillegg bemerkes at traktatpartene kan ikke gjøre reservasjoner med hensyn til flyktningdefinisjonen, jf. konvensjonens art. 42 (1) og tilleggsprotokollens art. VII (1).

De vil føre for langt å gi seg i kast med en inngående tolking av flyktningdefinisjonen i alle dens detaljer. Siktemålet i det følgende er kun å gi en antydning av flyktningbegrepets konturer i lys av art. 31. Fokus er rettet mot *hvem* som er omfattet av begrepet, ikke de øvrige vilkårene. Når ordene flyktning eller refugee blir brukt i andre deler av fremstillingen forutsettes det at definisjonens kriterier er tilfredsstilte.²⁷

En flyktning er i følge definisjonen en person som befinner seg utenfor sitt eget land, enten det landet vedkommende er statsborger av eller, for statsløse, det landet vedkommende sist hadde tilhold ("habitual residence"). Artikkel 31 tilfellene, med sitt anvendelsesområde knyttet til "illegal entry or presence", gir ikke opphav til problemstillinger her.

Videre omfattes kun mennesker²⁸ – juridiske personer som organisasjoner eller selskaper kan ikke være "refugees" i konvensjonens forstand.

Av større betydning er definisjonens grense mot medhjelpere²⁹. En person som hjelper en flyktning med ulovlig innreise eller opphold vil, avhengig av hvilket nasjonalt rettsystem som kommer til anvendelse, kunne risikere sanksjoner for medvirkning. Spørsmålet ble drøftet i

²⁷ Om konvensjonens flyktningbegrep, se Goodwin-Gill/McAdam s 34-37; Noll s 1253 avsnittene 35-39; Zimmermann/Mahler s 281-465

²⁸ Alternativt det snodige uttrykket "fysiske personer"

²⁹Jf. Hathaway s 402; jf Noll s 1253 avsnitt 35

Ad hoc-komiteen som følge av at representanten fra Sveits bemerket at utkastet til art. 31³⁰ ikke omfattet medhjelpere og foreslo at dette burde avhjelpes.³¹ Han påpekte at Sveitsisk rett "did not regard any person assisting [a refugee] as liable to punishment, provided his motives were above board"³², men la til at dette ikke nødvendigvis var rettsstilstanden i andre land: "[i]t was quite possible that in domestic law, assistance to a foreigner crossing a frontier illegally might be regarded as a separate offence punishable even if the refugee was not".³³ Det var enighet i komiteen om at medhjelpere ikke *burde* utsettes for sanksjoner under forutsetning av at medhjelperens "motives were above board" (se sitatet fra den sveitsiske representanten like over). Det var imidlertid ikke enighet om å ta inn formuleringer i denne retning i selve konvensjonsteksten. Resultatet ble at komiteen samlet seg om et forslag fra den amerikanske representanten, som for så vidt var enig med den sveitsiske representantens bemerkninger, men som ikke fant det riktig å reformulere konvensjonsutkastet. Han foreslo i stedet at "the Swiss observer's comments be given due attention in the record of the meeting, and he hoped that countries would take them into consideration".³⁴

Flyktningdefinisjonen i art. 1 A (2) er klar: "refugees" omfatter kun personer som selv flykter, ikke medhjelpere. Den klare ordlyden åpner ikke en kanal inn til forarbeidene via traktatkonvensjonens art. 32 alternativ (a) eller (b), men som et støtteargument "in order to confirm the meaning" representerer komiteens uttalelser en bekreftelse på at medhjelpere ikke omfattes av amnestiet.

Resultatet må bli det samme for juridiske personer. Flyktningbegrepet omfatter som allerede nevnt kun mennesker, men for medhjelperansvarets vedkommende kan det bli aktuelt å sanksjonere en juridisk person (typisk en hjelpeorganisasjon e.l.) som følge av handlinger foretatt av mennesker som representerer denne. Dette spørsmålet ble også berørt av Ad-hoc-komiteen i sammenheng med spørsmålet om medhjelpere generelt, da representanten fra

³⁰ Artikkel 26 i utkastet

³¹ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 19: "Article 26 [dvs. utkastet til art. 31] did not include any such provision, and he thought the omission should be made good."

³² Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 18

³³ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 19

³⁴ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 21 med den danske formannens konklusjon i avsnitt 28: "The Chairman thought that, if the Committee agreed that the only action required was to insert the Swiss observer's comments in the records, no further action need be taken"

Sveits etter å ha informert om de sveitsiske rettsreglenes amnesti for medhjelpere (se sitatene over) la til at "The provision [i de sveitsiske reglene] was of some importance for voluntary organizations for aid to refugees"³⁵. Den franske representanten var enig at "a refugee organization should not be penalized for having helped a refugee", men la til at "in certain circumstances refugee organizations might literally become organizations for the illegal crossing of frontiers" og stilte spørsmål om dette virkelig var i flyktnings interesse.³⁶ Andre typer juridiske personer ble ikke nevnt utover den franske representantens bemerkninger om usikkerhet omkring foretaksstraff³⁷ i fransk rett.³⁸ Da heller ikke disse bemerkningene fikk noen direkte innvirkning på flyktningdefinisjonen kan det klart legges til grunn at sanksjoner mot juridiske personer for medvirkning ikke omfattes av amnestiet i art. 31 (1). Utover flyktningeorganisasjoner og andre hjelpeorganisasjoner vil dette kunne ha praktisk betydning for flyselskaper og andre transportselskaper som risikerer såkalt "carrier liability" transport av flyktninger med manglende eller falske reisedokumenter.³⁹

Avslutningsvis må flyktningbegrepets forhold til asylsøkere undersøkes. Med "asylsøker" menes her en person som søker beskyttelse, men hvor det ikke ennå er avklart hvorvidt vedkommende er en flyktning i flyktningekonvensjonens forstand. Med hensyn til art. 31 (1) er enhver flyktning en asylsøker når han tar kontakt med myndighetene i et land for å gi seg til kjenne i samsvar med situasjonsbetingelsen "present themselves without delay" (se avsnitt 2.3.3 under), da det på dette tidspunkt ikke er klart for myndighetene i vedkommende land om personen omfattes av flyktningbegrepet. Som Grahl-Madsen fremholder vil en søknad om asyl som tas til følge, kun ha deklarativ karakter – et menneske er en flyktning når kriteriene i flyktningekonvensjonens art. 1 er oppfylt, ikke som følge av et vedtak.⁴⁰ Han peker på selve flyktningdefinisjonen i art. 1, samt den omstendighet at konvensjonen ikke inneholder noen

³⁵ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 18

³⁶ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 25

³⁷ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 avsnitt 24: "in France the problem of penal responsibility of corporate bodies was an extremely delicate question on which case law was not always concordant. Hence, a provision of any sort on the subject would inevitably raise extremely difficult problems of interpretation in France".

³⁸ Hathaway tolker den franske representantens uttalelser annerledes på dette punkt, se s 403 første setning og fotnote 557.

³⁹ Se f.eks. den engelske Immigration and Asylum Act 1999 section 40 (2): "The Secretary of State may charge the owner of the ship or aircraft, in respect of the individual, the sum of £2,000". Utrykket "the individual" viser til en person som på forespørsel ikke kan fremvise reisedokumen(er) eller visum (se første ledd.).

bestemmelser om en eventuell prosess for å fatte vedtak av konstituerende virkning for flyktningsstatus.⁴¹ I perioden fra asylsøkerens første kontakt med myndighetene til det tidspunkt hvor det lar seg gjøre å trekke en konklusjon med hensyn til flyktningsstatus, vil det ikke være mulig for en traktatpart å ilegge en sanksjon uten å risikere å bryte flyktningskonvensjonen.⁴² Dette er må kunne anses som et nærmest ugjendrivelig argument for at asylsøkere omfattes av flyktningsdefinisjonen i art. 1. Rettstilstanden kan oppsummeres med en mye sitert setning fra Adimi-avgjørelsen:

*"That Article 31 extends not merely to those ultimately accorded refugee status but also to those claiming asylum in good faith (presumptive refugees) is not in doubt"*⁴³

2.2 Tema

2.2.1 Innledning

Gjenstand for tolking er uttrykket "shall not impose penalties, on account of their illegal entry or presence", som kan sees som en karakteristikk av det forbud pliktsubjektet er underkastet i relasjon til rettighetssubjektet.

Uttrykket deles opp i følgende fire delemner som vies egne avsnitt i behandlingen under:

- 1) "shall not impose" (avsnitt 2.2.2),
- 2) "penalties" (avsnitt 2.2.3),
- 3) "on account of" (avsnitt 2.2.4) og
- 4) "illegal entry or presence" (avsnitt 2.2.5).

⁴⁰ Grahl-Madsen I s 340. Som Grahl-Madsen imidlertid påpeker vil andre konvensjonsrettigheter være betinget av en *formell* flyktningsstatus, bl.a. art. 12, 25 og 28, jf Grahl-Madsen II s 224. Se også Noll s 1253 avsnitt 36

⁴¹ Se Grahl-Madsen I s 340

⁴² Se Hathaway s 389 fotnote 491 hvor dette fremheves i et utdrag av en dom fra New Zealand (Court of Appeal, Wellington).

⁴³ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, avsnitt 16 første setning

2.2.2 "shall not impose"

Ordet "impose" i "shall not impose penalties" er uklart. Noll formulerer problemstillingen slik:

"The question is whether 'not imposing' relates to the process of penalizing and to its outcome, or solely to its outcome"⁴⁴

Valg av det ene tolkningsalternativet fremfor det andre innebærer valg av et tidspunkt for når traktatpartene risikerer traktatbrudd fremfor et annet. Hvis "shall not impose" refererer til omstendigheter knyttet til en tidlig fase av en prosess vil det foreligge traktatbrudd allerede ved en siktelse eller en tiltale av en flyktning som oppfyller de øvrige vilkårene i artikkel 31 (1).

Ser man til ordbokdefinisjoner kan verbet "to impose" defineres som

to establish or apply by authority <impose a tax> <impose new restrictions> <impose penalties>⁴⁵

mens substantivet "imposition" har referanse til

the act of establishing or creating something in an official way : the act of imposing something⁴⁶

Disse peker i retning av det siste alternativet i sitatet fra Noll over. Ordene "by authority" og "in an official way" indikerer at sanksjoner ikke skal idømmes eller på annen måte besluttes, men ikke at en prosess er avskåret.⁴⁷ Denne tolkningen harmonerer med tolkningen av "refugees" i avsnitt 2.1.3 over hvor det ble lagt til grunn at flyktningbegrepet omfattet asylsøkere eller "presumptive refugees" som det het i Adimi-avgjørelsen.⁴⁸

⁴⁴Noll s 1264 avsnitt 81 andre setning

⁴⁵"Impose." *Merriam-Webster.com*. Merriam-Webster, n.d. Web. 23 Nov. 2014. <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/impose>>

⁴⁶"Imposition." *Merriam-Webster.com*. Merriam-Webster, n.d. Web. 23 Nov. 2014. <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/imposition>>

⁴⁷ Grahl-Madsen s 210-211; Hathaway s 406-407; Noll s 1261 avsnitt 64

⁴⁸ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, avsnitt 16 første setning

Konvensjonsforarbeidene gir liten veiledning utover en enkelt bemerkning fra den belgiske representanten i diplomatkonferansen, som la til grunn at domstolbehandling ville være den rette avgjørelsesmetode for spørsmål om immunitet mot sanksjoner under art. 31 (1).⁴⁹

Det kan i tillegg nevnes at det opprinnelige utkastet til art. 31 (1) brukte verbet *apply* i setningen "shall not be applied to refugees".⁵⁰ Så vidt jeg kan se lar det seg ikke gjøre å bringe på det rene hvorfor "impose" ble valgt til den endelige konvensjonsteksten på bekostning av "applied", men valget i seg selv vil kunne indikere én tolkning fremfore en annen.

Betydningsforskjellen mellom impose/apply er imidlertid liten. Hathaway syntes å mene at *apply* er mer omfangsrikt (med hensyn til skjæringspunktet) enn "impose", og tar valget av sistnevnte i den endelige konvensjonsteksten til inntekt for en tolkning i tråd med Nolls siste alternativ.⁵¹

2.2.3 "penalties"

Terminologi.

Som en norsk utgave av ordet "penalties" benyttes *sanksjoner*. Begrepet 'penalties', hvis innhold vil fremgå av fremstillingen under, omtales som *sanksjonsbegrepet*.

Innledning.

Som utgangspunkt for en "ordinary meaning" av "penalties" legges følgende ordbokdefinisjon av "penalty" til grunn:

"1: the suffering in person, rights, or property that is annexed by law or judicial decision to the commission of a crime or public offense"

"3 a: disadvantage, loss, or hardship due to some action" ⁵²

⁴⁹ Se diplomatkonferansen A/CONF.2/SR.14 - bemerkning av Mr. Herment i avsnitt 25 siste setning.

Bemerkningen var knyttet til "show good cause" (se avsnitt 2.3.4 under), men var generelt utformet. Jf. Grahl-Madsen s 211 og Hathaway s 407

⁵⁰ Memorandum E/AC.32/2. Se utkastet i hovedavsnitt 5 under Chapter XI Expulsion and Non-Admittance

⁵¹ Hathaway s 407

⁵² Se <http://www.merriam-webster.com/dictionary/penalty> [aksessert 16.11.2014]. De utelatte definisjonene angår obligasjonsrettslige forpliktelser, sport og bridge: "2: the suffering or the sum to be forfeited to which a person agrees to be subjected in case of nonfulfillment of stipulations"; "3 b: a disadvantage (as loss of yardage, time, or possession of the ball or an addition to or subtraction from the score) imposed on a team or competitor for violation of the rules of a sport"; "4: points scored in bridge by the side that defeats the opposing contract —

Ordene "suffering in person, rights, or property" og "disadvantage, loss or hardship" betegner byrder eller kostnader (i aller videste forstand). Disse byrdene eller kostnadene er videre knyttet til adferd – "the commission of a crime or public offense" eller bare "some action". I vårt tilfelle er det snakk om byrder eller kostnader knyttet til "illegal entry or presence". All den tid det er snakk om knytte byrder eller kostnader til adferd, er det rimelig å legge til grunn at denne adferden er uønsket.

En rekke handlinger eller tiltak fra myndighetenes side kan virke byrdefulle eller påføre kostnader for den handlingen er rettet mot. Det kan imidlertid skilles mellom handlinger eller tiltak som primært har til formål å virke byrdefulle, og andre handlinger som kan virke byrdefulle men som primært har andre formål. Tiltak eller handlinger som faller i den første kategorien er åpenbare kandidater til "penalties" i konvensjonens forstand. I mangel av et bedre uttrykk kan disse sies å ha *pønalt karakter*.⁵³ Hvorvidt *alle* tiltak eller reaksjoner med pønalt karakter kvalifiserer som "penalties" og om *kun* slike tiltak eller reaksjoner kvalifiserer, kommer jeg tilbake til.

Som et eksempel på et tiltak eller en reaksjon som kan virke byrdefullt for den det er rettet mot, men hvor den pønale karakteren er fraværende, kan frihetsberøvelse i medhold av art. 31 (2) første setning nevnes. Bestemmelsen tillater frihetsberøvelse som følge av ulovlig innreise eller opphold i den grad det er nødvendig for kontroll av identitet og/eller andre forhold av betydning for å avklare flyktningsstatus.

Tolking.

Et spørsmål som melder seg er om "penalties" omfatter alle tiltak eller reaksjoner fra myndighetenes side som har pønalt karakter, eller kun en delmengde. En sortering kan tenkes basert på skillet strafferettslig/administrativ eller f.eks. at "penalties" begrenses til å omfatte kun "the usual sanctions imposed on persons who cross a border without permission" slik Hathaway formulerer problemet.⁵⁴ For skillet strafferettslig/administrativ indikerer ordbokdefinisjonen over at det ikke kan trekkes noen grense, jf. formuleringen "annexed by

usually used in plural"

⁵³ Jf. uttrykket hos Noll s 1263 avsnitt 76: "punitive character"

⁵⁴ Se Hathaway s 409 første avsnitt

law or judicial decision". I denne sammenheng melder imidlertid en forskjell mellom den franske og den engelske utgaven seg. I følge den franske teksten rammer forbudet "de sanctions pénales". Dette sammensatte uttrykket virker å ha en noe snevrere referanseramme enn den engelske termen, da det tilsynelatende kun viser til strafferettslige sanksjoner.⁵⁵ En slik uoverensstemmelse mellom to likeverdige tekster, som ikke finner en løsning i traktatkonvensjonens art 31 og 32, faller innenfor anvendelsesområdet til traktatkonvensjonens art. 33, som anviser den tolkning som i størst mulig grad forener de ulike tekstene, hensett til konvensjonens formål. Goodwin-Gill griper til traktatkonvensjonens art 33 og konkluderer til fordel for den engelske tekstens relativt sett vide referanseramme, da det tilsiktede vern mot sanksjoner (dvs. formålet) i motsatt fall åpner for undergravelse.⁵⁶ Argumentasjonen virker god, da skillet mellom det strafferettslige og det administrative varierer blant ulike rettsystemer og en tolkning som slår inn på den franske tekstens vei tilbyr traktatpartene reklassifisering som et nyttig redskap for å forme konvensjonsvernet etter behov. Goodwin-Gill viser også til menneskerettighetskomiteens tolkning av ordet "penalty" i SP art. 15 (1)⁵⁷ i Van Duzen v. Canada som ikke lar nasjonalstatlig klassifisering være avgjørende.⁵⁸ Det virker imidlertid ikke som om han anfører sistnevnte under henvisning til traktatkonvensjonens art. 31 (3) (c),⁵⁹ hvor argumentet har større vekt enn som en generell henvisning i sammenheng med art. 33 og dessuten ivaretar den rangordning eller rekkefølge som foreligger mellom traktatkonvensjonens art. 31-33 (se avsnitt 1.4 over).

Valg av tolkningsalternativ i tråd med den engelske teksten har også støtte i forarbeidene, jf. traktatkonvensjonens art. 32. Ordet "penalties" i sammenhengen "shall not

⁵⁵ Jf. Noll s 1262 avsnitt 72; Hathaway s 411

⁵⁶ Goodwin-Gill s 195 andre avsnitt. Både Noll og Hathaway er enig i konklusjonen, se hhv. s 1262-1263 og s 411-412.

⁵⁷ Kommisjonen påpeker at ordet er autonomt og fremholder at spørsmål om en vid eller snever fortolkning, og om skillet strafferettslig/administrativ har betydning, må avgjøres på bakgrunn av: "Apart from the text of article 15 (1), regard must be had, inter alia, to its object and purpose" (understrekning i original), se Gordon C. Van Duzen v. Canada, Communication No. R.12/50, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 150 (1982) avsnitt 10.2. Sitatet er fra avsnittets siste setning.

⁵⁸ Goodwin-Gill viser også til Novaks tolkning av uttrykket "criminal offence": "He argues that 'every sanction that has not only a preventive but also a retributive and/or deterrent character is . . . to be termed a penalty, regardless of its severity or the formal qualification by law and by the organ imposing it', jf. Goodwin-Gill s 195 første avsnitt

⁵⁹ Jf. Gardiner s 260-263 og Hathaway s 66-67

impose penalties, on account of their illegal entry or presence" antyder sanksjoner i en gitt kontekst, i motsetning til bestemte former for sanksjoner.⁶⁰ Det blir klart når man sammenlikner den endelige teksten med det opprinnelige utkastet til konvensjonsbestemmelsen som ble utformet av FNs generalsekretær og var utgangspunktet for bemerkningene innledningsvis i avsnitt 1.1 over. Teksten lød:

"The penalties enacted against foreigners entering the territory of the Contracting Party without prior permission shall not be applied to refugees..."⁶¹

Med andre ord: slike sanksjoner som normalt ilegges for brudd på innreise- eller oppholdsreglene skulle ikke ilegges flyktninger.⁶² Som følge av et Belgisk-Amerikansk forslag ble teksten endret i retning av den som til slutt ble endelig vedtatt av traktatpartene, med "illegal entry or presence" tatt inn i en innskutt setning som en kontekst for bruk av sanksjoner generelt.⁶³

Spørsmålet over, om "penalties" kun omfatter en delmengde av tiltak eller reaksjoner som har pønalt karakter, må kunne besvares benektende med hensyn til skillet strafferettslig/administrativ. Den samme konklusjonen må gjelde for spørsmålet om en begrensning av "penalties" til slike ordinære sanksjoner for brudd på innreise- eller oppholdsreglene som ordinært benyttes, jf formuleringen av Hathaway. Den tolkning av "penalties" som i henhold til traktatkonvensjonens art. 31-33 fremstår som riktig, går i retning av et generelt sanksjonsbegrep basert på hvorvidt en reaksjon eller et tiltak fra myndighetens side har pønalt karakter. Fokuset er på sanksjoner i *sammenhengen* "illegal entry or presence", ikke på bestemte sanksjonstyper.

Forholdet til flyktningekonvensjonens art. 32 som regulerer utvisning er imidlertid problematisk. Bestemmelsen går kort fortalt ut på at bruken av utvisning er begrenset til tilfeller hvor flyktningen utgjør en trussel mot "national security or public order". Det

⁶⁰ Jf. Hathaway s 409

⁶¹ Jf. Memorandum E/AC.32/2

⁶² Jf. Hathaway s 409-410

⁶³ Jf. Hathaway s 409-410 med henvisninger til forarbeidene

oppstilles i tillegg et prosesskrav for utvisningsvedtak⁶⁴ og traktatpartene pålegges en forpliktelse til å gi flyktninger utsatt for utvisning en mulighet til å søke opphold i andre stater.⁶⁵ Artikkel 32 gjelder imidlertid kun flyktninger som befinner seg "lawfully in their territory", i motsetning til artikkel 31 (1) som omhandler flyktninger som "enter or are present in their territory without authorization" eller "refugees unlawfully in the country of refugee" som det heter i overskriften.

En mulig tolkning med hensyn til utvisning er at en utvisning som følge av ulovlig innreise eller opphold rammes av forbudet mot "penalties" i art. 31 (1) i den grad det har pønalt karakter. En alternativ tolkning er imidlertid at artikkel 32 overlater utvisning til traktatpartenes diskresjon i den grad det ikke rammes av begrensningene i art 32. Dette representerer i tilfelle et innhugg i den beskyttelsen som følger av forbudet mot "penalties" i artikkel 31 (1) basert på et generelt sanksjonbegrep.

Forarbeidene, både i form av dokumenter fra Ad hoc-komiteen⁶⁶ og fra diplomatkonferansen⁶⁷, peker klart i retning av det sistnevnte tolkningsalternativ hvor utvisning representerer et unntak, jf. Grahl-Madsens⁶⁸ og Hathaways⁶⁹ undersøkelser og henvisninger. Etter å ha påpekt det noe spesielle forholdet mellom et generelt sanksjonbegrep (se over) og et unntak for utvisning, oppsummerer Hathaway forarbeidenes holdning: "The drafters were, however, unambiguous on this point..."⁷⁰. Den usikkerhet med hensyn til om art. 32 representerer et innhugg i den beskyttelse som følger av forbudet mot "penalties" i art. 31 (1), åpner for å legge avgjørende vekt på forarbeidene ved tolkningen, jf. kriterium (a) i traktatkonvensjonens art 32. Et unntak for utvisning i det ellers generelle sanksjonsbegrepet i art 31 (1) må dermed legges til grunn.

Vurdering av pønalt karakter.

⁶⁴ "The expulsion of such a refugee shall be only in pursuance of a decision reached in accordance with due process of law", jf art. 32 (2) første setning.

⁶⁵ Jf art. 32 (3) første setning. Bestemmelsen er parallell til art. 31 (2) siste setning nevnt innledningsvis i avsnitt 1.1

⁶⁶ Se: Ad Hoc-komiteen E/AC.32/SR.40

⁶⁷ Se: Diplomatkonferansens A/CONF.2/SR.13

⁶⁸ Jf. Grahl-Madsen s 210

⁶⁹ Jf Hathaway s 412 – 413

⁷⁰ Hathaway s 412

Hvorvidt en gitt reaksjon eller tiltak har pønalt karakter må undersøkes med utgangspunkt i slike rettskildedefaktorer som hjemler reaksjonen innen det rettsystem reaksjonen er en del av. Spørsmålet er om den byrde eller kostnad som påføres er tilsiktet, eller om den kun er en sidevirkning til en annen tilsiktet hovedvirkning. Blir resultatet av en slik undersøkelse at reaksjonen har pønalt karakter, utgjør den en sanksjon i konvensjonens forstand. Et resultat i motsatt retning vil, som jeg kommer tilbake under, imidlertid ikke være avgjørende, men lede over i en vurdering av om den tilsiktede virkningen står i forhold til det tiltak eller den reaksjon som er iverksatt. Denne vurderingen må gjøres i lys av at tiltaket eller reaksjonen er ment å håndtere konkrete utfordringer som følger av ulovlig innreise eller opphold. En parallell til nødvendighetsvurderingen i art. 31 (2) første setning kan trekkes, bortsett fra at vurderingen etter art. 31 (1) angår sanksjoner generelt, ikke bare sanksjoner i form av frihetsberøvelse.

En praktisk innfallsvinkel til grensdragningen mellom sanksjoner og andre reaksjoner er hvorvidt en gitt reaksjon formelt sett er klassifisert som strafferettslig eller forvaltningsrettslig/administrativ innen det rettsystem den er en del av⁷¹. Faller vurderingen ut til fordel for en strafferettslig klassifisering må konklusjonen bli at den respektive reaksjon anses som en sanksjon i konvensjonens forstand, da denne *formelt sett* har pønalt karakter.⁷² Det kan imidlertid ikke trekkes antitetiske slutninger fra dette standpunkt, da en reaksjon som er strafferettslig klassifisert i henhold til et rettsystem kan være klassifisert som administrativ i henhold til et annet. For reaksjoner som ikke finner sin løsning på dette vis, er spørsmålet stadig: utgjør reaksjonen, tiltaket eller vedtaket en sanksjon i henhold til art. 31 (1)?

Går man videre med denne restgruppen, må det rettskildemateriale som begrunner reaksjonen undersøkes. Kan det basert på dette konkluderes med at reaksjonen eller tiltaket har pønalt karakter, rammes det av forbudet i art. 31 (1). Den motsatte konklusjon gir derimot, heller ikke i dette tilfellet, grunnlag for antitese da det vil variere hva man kan utlede av slike kilder med hensyn til pønalt karakter, og det vil sette form over innhold på en måte som gir gode muligheter for omgåelse.

⁷¹ Jf. parallellen til det første av de såkalte Engel-kriteriene vedr.EMK art. 6 i EMD:The case of Engel and others v. The Netherlands (1976)

⁷² Jf. Noll s 1263 avsnitt 74 in fine.

Den mengde reaksjoner man da står igjen med er en uensartet gruppe som faller utenfor den formelle strafferetten, og hvor reaksjonen, basert på det nasjonale rettskildemateriale som ligger til grunn, ikke kan sies å ha pønalt karakter eller hvor det ikke lar seg utlede noe bestemt formål.

For denne gruppen blir den nevnte forholdsmessighetsvurderingen avgjørende. Ser man bort fra tilfellene med frihetsberøvelse, hvor det nærmest foreligger en katalog med gyldige grunner som kvalifiserer som nødvendige⁷³, vil det trolig være vanskelig for en traktatpart å gi en tilfredsstillende begrunnelse for et tiltak som påfører en kostnad eller en byrde. Når konteksten for vurderingen er at den gjelder et tiltak eller en reaksjon som ilegges i forbindelse med ulovlig innreise eller opphold, må begrunnelsesbyrden påhvile traktatpartene, på en slik måte at det kan opereres med en presumsjon for at tiltaket i motsatt fall er en sanksjon i konvensjonens forstand.

2.2.4 "on account of"

Utrykket "on account of" indikerer en sammenheng mellom "illegal entry or presence" og "shall not impose penalties". Det nærmere innholdet er imidlertid uklart.

Rollen som kontekstindikator for "penalties" er allerede nevnt i avsnitt 2.2.3 over, hvor perspektivet flyttes fra et typebasert til et kontekstbasert amnesti. Spørsmålet her er om "on account of" innebærer noe ytterligere, f.eks. i retning av et krav om en årsakssammenheng av en eller annen form?⁷⁴

⁷³ Se f.eks. ExCom No. 44 (XXXVII) Detention of refugees and asylum-seekers (1986) bokstav (b): "If necessary, detention may be resorted to only on grounds prescribed by law to verify identity; to determine the elements on which the claim to refugee status or asylum is based; to deal with cases where refugees or asylum-seekers have destroyed their travel and/or identity documents or have used fraudulent documents in order to mislead the authorities of the State in which they intend to claim asylum; or to protect national security or public order."

⁷⁴ Noll formulerer problemet på følgende vis: ""Should this criterion be construed restrictively, or are certain acts causally related to illegal entry or presence included in the immunity provided by Ar. 31?, se Noll s 1265 avsnitt

Et strengt årsaksbegrep lar seg vanskelig utlede av "on account of". Det vil i tilfelle innebære at ulovlig innreise eller opphold utgjorde en årsak til sanksjonen etter nærmere bestemte kriterier og bygge på et vell av forutsetninger om samvirkende årsaker o.l.

Ordet "account" kan imidlertid bety "a statement or exposition of reasons, causes, or motives" eller "a reason for an action".⁷⁵ Basert på en slik definisjon kan "on account of" tolkes som en henvisning til det sett med regler som hjemler sanksjoner som rammes av amnestiet i art. 31 (1). Fokus rettes dermed mot gjenstanden for henvisningen – "illegal entry or presence".

2.2.5 "illegal entry or presence"

Innledning.

Utrykket "illegal entry or presence" viser til traktatpartenes ulike nasjonale regelsett om (u)lovlig innreise og opphold. Det er brudd på disse regler som *ikke* kan møtes med sanksjoner. Det dynamiske elementet som ligger i at "illegal entry or presece" viser til et sett med regler, i motsetning til en mer konkret angivelse (jf. parallellen til angivelsen av sanksjoner i avsnitt 2.2.3 over), innebærer at en traktatpart med mange og detaljerte innreise og oppholdsregler, likestilles med en traktatpart med lempeligere innreise eller oppholdsregler med hensyn til å kunne sanksjonere regelbrudd.

I følge Goodwin-Gill har "The meaning of 'illegal entry or presence' ... not generally raised any difficult issues of interpretation".⁷⁶ Dette elementet av har imidlertid like stor betydning som de andre elementene for en flyktning som risikerer sanksjoner. Grensetilfeller vil kunne omfatte brudd på regler som ikke direkte kan klassifiseres som innreise eller oppholdsregler, men som er nært knyttet til disse eller til den samme adferden. Spørsmålet kan komme på spissen hvor en stat anfører til fordel for at en gitt sanksjon ikke omfattes av konvensjonsvernet, at lovbruddet består i et annet forhold enn ulovlig innreise eller opphold.

⁷⁵ "Account." *Merriam-Webster.com*. Merriam-Webster, n.d. Web. 23 Nov. 2014. <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/account>>

⁷⁶ Jf. Goodwin-Gill (2001) s. 196, hvor setter enkelte typetilfeller i relasjon til ulovlig innreise og opphold. Hathaway viser til Godwin-Gill, se Hathaway s 405 fotnote 563

I artikkel 31 (1) forekommer "illegal entry or presence" to ganger – en forekomst tidlig i setningen og en helt til slutt. I tillegg forekommer uttrykket "enter or are present in their territory without authorization". Den franske utgaven har samme struktur med sine to forekomster av "leur entrée ou de leur séjour irréguliers" i tillegg til "entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation". Begrunnelsen for posisjonen til den første forekomsten av "illegal entry or presence" er forklart over i avsnitt 2.2.3. Den siste er forekomsten er knyttet til "show good cause" (se avsnitt 2.3.4 under) og angir omfanget av denne forklaringen. Forholdet mellom disse og "enter or are present in their territory without authorization" er mindre klart.

I den grad det er en betydningsforskjell mellom "illegal entry or presence" og "enter or are present in their territory without authorization" bunner denne i forskjellen mellom "illegal" og "without authorization", hvor sistnevnte uttrykk er mer omfangsrikt⁷⁷ enn førstnevnte. Forskjellen i den franske utgaven, mellom "irréguliers" og "sans autorisation", virker å være noe mindre, men uttrykkene "without authorization" og "sans autorisation" er identiske både strukturelt og semantisk. Slik jeg ser det utgjør "enter or are present in their territory without authorization" hoveduttrykket eller det egentlige vurderingstemaet. De to forekomstene av "illegal entry or presence" utgjør kortere henvisninger til hoveduttrykket når disse benyttes til å angi omfanget av "penalties" og omfanget av "coming directly".

Tolking.

Uttrykket "illegal entry or presence" sikter til innreise eller opphold i strid med nasjonale regler om innreise og opphold.⁷⁸ Reglene kan variere blant traktatpartene både i innhold og omfang, med strengere og mer liberale regimer til følge.

Hvorvidt en en regel skal regnes blant innreise eller oppholdsreglene kan være vanskelig å avgjøre. Problemet kommer ofte på spissen når strafferettslige regler kommer til anvendelse på handlinger som utføres i forbindelse med innreise. Bruk av falsk pass kan regnes som et klassisk tilfelle, jf bemerkningen til FNs generalsekretær nevnt i avsnitt 1.1 over:

⁷⁷I den forstand at tilfeller som faller inn under "illegal" også faller inn under "without authorization", men ikke omvendt.

⁷⁸Grahl-Madsen s 211-217; Noll s 1257-1258

"A refugee whose departure from his country of origin is usually a flight, is rarely in a position to comply with the requirements for legal entry (possession of national passport and visa) into the country of refuge."⁷⁹

Når en flyktnings adferd i forbindelse med innreise eller opphold også rammes av andre regler enn de *rene* innreise- eller oppholdsreglene, blir spørsmålet om også disse omfattes av amnestiet.

Vurderingstemaet må være om slike perifere regler har et anvendelsesområde som sammenfaller med innreise eller oppholdsreglene. Er dette tilfelle vil en sanksjon på basis av en annen regel knyttet til samme adferd omfattes av amnestiet. Regler som knytter sanksjoner til adferd som også omfattes av *rene* utlendingsrettslige regler om innreise og opphold kan dessuten i vid forstand sies å "impose penalties on account of illegal entry or presence".

Vurderingen må uansett sees på bakgrunn at av at flyktninger på et eller annet tidspunkt er nødt til å "show good cause for their illegal entry or presence" (se avsnitt 2.3.5.under) for å nyte godt av amnestiet. I tillegg vil flyktningen ved en eventuell konfrontasjon måtte legge kortene på bordet temmelig raskt og frivillig i samsvar med kravet i "present themselves" (se avsnitt 2.3.3 under). Tilfeller som nevnes av Grahl-Madsen⁸⁰ om bestikkelser og bruk av vold mot grensevakter faller klart utenfor amnestiet som følge av vurderingstemaet her.⁸¹

2.3 Situasjonsbetingelsene

2.3.1 Innledning

Situasjonsbetingelsene er som nevnt over i avsnitt 1.3 slike som må foreligge for å utløse amnestiet slik dette er gjort rede for i avsnitt 2.2. Artikkel 31 (1) angir tre kumulative situasjonsbetingelser angitt med uttrykkene "coming directly", "present themselves without delay" og "show good cause". Manglende oppfyllelse av samtlige situasjonsbetingelser, resulterer i at flyktningen risikerer sanksjoner som følge av ulovlig innreise og opphold.

⁷⁹ Memorandum E/AC.32/2

⁸⁰ Grahl-Madsen s 212

⁸¹ Noll vurderer problemstillingen som en del av "on account of" og anvender en

2.3.2 "coming directly"

Innledning.

Før jeg går nærmere inn på fastleggelsen av meningsinnholdet kan det gjøres noen generelle betraktninger.

Utrykket er en karakteristikk av reisen eller flukten slik den må gjennomføres for å falle inn under konvensjonsvernet – "a requisite mode of flight" som det heter hos Noll.⁸² Den må ha opphav i et område hvor slike omstendigheter som begrunner flyktningsstatus er til stede ("from a territory where their life or freedom was threatened in the sense of article 1") (i det følgende betegnet *fluktlandet*), og den avsluttes med ulovlig innreise eller ulovlig opphold på en traktatparts territorium ("in their territory") (i det følgende betegnet *tilfluktslandet*).

En reise fra A til B kan beskrives som en utstrekning både i tid og rom. Bokstavene A og B angir endepunkter og beskrivelsen er for så vidt noe unyansert da en reise som begynner i A kan gå via en rekke andre punkter før den ender opp i B (fra A til B, B til C, C til D osv.). Poenget her er at A har referanse til fluktlandet, mens B har referanse til asyllandet, og dimensjonene tid og rom er variabler som skiller en reise fra en annen. Spørsmålet er om "coming directly" angår begge dimensjoner, og i tilfelle hvilke krav som stilles til til hver enkelt.

Usikkerhet omkring meningsinnhold følger av adverbet "directly" – "directement" i den franske utgaven.⁸³ Som basis for en "ordinary meaning" i tråd med traktatkonvensjonens art. 31 (1) tar både Noll og Grahl-Madsen⁸⁴ utgangspunkt i ordbøker. Noll finner to definisjoner i Oxford English Dictionary (2. utg. 1989) for adverbet "directly": 1) "in a straight line of motion; with undeviating course; straight" – dvs. bevegelse i rom, og 2) "Immediately (in time); straightway; at once" – dvs. utstrekning i tid. Likeledes finner Grahl-Madsen i sin The Concise Oxford Dictionary of Current English (4. utg. 1954) definisjonene "in a direct manner; at once, without delay; presently, in no long time" hvor *in a direct manner* angår rom og de resterende uttrykkene angår tid. Tilsvarende utvalg kan hentes fra mer moderne

⁸²Zimmermann s 1254 avsnitt 41

⁸³Jf. Zimmermann s 1254 avsnitt 42 og Grahl-Madsen s 205-206 som sammenligner adverbet "directly" med adverbet "direct"

⁸⁴Nolls s 1254 avsnitt 42 og Grahl-Madsen s 206

nettbaserte oppslagsverk. Fra Dictionary.com: "in a direct line, way, or manner; straight", "at once; without delay; immediately", "shortly; soon" og "without intervening space; next in order"⁸⁵. Fra Merriam-Webster: "in a direct way", "in a straight or direct line from a particular position" og "without delay"⁸⁶

Ordbokdefinisjonene antyder en betydning av "coming directly" som angår reisen fra A til B både i tid og rom. Det oppstilles relativt strenge vilkår for begge dimensjoner. Reiseveien må nærmest være rettlinjet, og reisetiden skal ikke være lenger enn en forflytning uten opphold mellom endepunktene skulle tilsi. Ordbokdefinisjonene utgjør ikke mer enn et utgangspunkt for "the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty", da denne må harmonere med både kontekst og formål (jf. traktatkonvensjonens art 31). Som vi skal se i det følgende kommer en streng fortolkning i samsvar med ordbokdefinisjonene i konflikt med andre elementer i bestemmelsen, og den har heller ingen støtte i konvensjonens forarbeider.

Innledningsvis kan to tilfeller regnes som sikre: Flukt mellom to land som deler grense og flukt gjennom flere land hvor omstendigheter som begrunner flyktingestatus er tilstede i hvert enkelt land og slikt sett driver flyktingen videre til et endelig asyl⁸⁷. Førstnevnte representerer trolig det reneste tilfellet av "coming directly" som kan tenkes. Sistnevnte følger nærmest av en mekanisk anvendelse av konvensjonsbestemmelsen på enkelttilfeller av flukt fra A til B, B til C, C til D osv.⁸⁸⁹ Felles for begge er at de kvalifiserer under en streng fortolkning av "coming directly", men de deler også skjebne ved at de representerer en stadig mindre andel av aktuelle tilfeller i moderne tid, særlig som følge av det Noll betegner som en "massive extension of travel infrastructure"⁹⁰.

⁸⁵ Se <http://dictionary.reference.com/browse/directly?s=t> (aksessert 04.11.14)

⁸⁶ Se <http://www.merriam-webster.com/dictionary/directly> (aksessert 04.11.2014)

⁸⁷Grahl-Madsen s 206 første og andre avsnitt; Hathaway s 394 andre setning og 405

⁸⁸ Hvorvidt reien skal bedømmes som en reise eller flere enkeltreiser spiller ingen rolle for resultatet. Dette var annerledes før 1967-protokollen, hvor omstendighetene i seg selv måtte ha opphav fra tiden før 1951.

⁸⁹ Dette ville ha vært annerledes om konvensjonsteksten hadde blitt formulert i samsvar med forslag fremmet under forarbeidene på linje med "coming directly from the country of his nationality or of former habitual residence", "directly from their country of origin", "'pays d'origine" e.l., se A/CONF.2/SR.35

⁹⁰ Se Noll s 1254 avsnitt 41

Leser man "coming directly" i kontekst er relasjonen til "illegal entry or presence" av betydning. Den adferd som "illegal entry or presence" refererer til (se avsnitt 2.3.1.3 over) er i flere tilfeller uforenelig med en fortolkning av "coming directly" med basis i ordbokdefinisjonene angitt over. Dette gjelder i særlig grad kategorien "illegal ... presence" som nærmest slettes som alternativ under konvensjonsbeskyttelsen, men også kategorien "illegal entry", som må tåle betydelige innhugg innen sitt anvendelsesområde. Til illustrasjon av problemene går jeg i det følgende gjennom fire typetilfeller, to i relasjon til ulovlig opphold og to i relasjon til ulovlig innreise, med avhoppere, blindpassasjerer og sjømenn i hovedrollene. En fellesnevner for persongalleriet er at alle medlemmene er flyktninger i relasjon til definisjonen i flyktningekonvensjonens art 1 jf. tilleggsprotokollens art. 1.

Først ut i relasjon til ulovlig opphold er avhoppere. En avhopper er i denne sammenheng en person som forlater eller rømmer fra en gruppe som befinner seg lovlig på en traktatparts territorium, f.eks. i forbindelse med et sportsarrangement, en kongresser e.l., for så å holde seg skjult til reisefølget har reist videre.⁹¹ Slike avhopper-tilfeller er interessante som følge av måten en avhopper i mange tilfeller forflytter seg fra A til B i både tid og rom. Et reisefølge som nevnt vil, avhengig av reisefølgets sammensetning og dets formål, kunne være på reise i lang tid og ha en meget variert reiserute, og et medlems mulighet for å hoppe av vil kunne inntre når som helst i løpet av reisen.

Det samme kan anføres til fordel for sjømenn som gjør seg skyldig i ulovlig opphold.⁹² En sjømann⁹³ som legger ut på reise ombord i et skip med en reiserute som strekker seg over lang tid og er innom en rekke havner vil kunne gjøre seg skyldig i ulovlig opphold hvis vedkommende f.eks. som følge av landlov makter å holde seg skjult på land til skipet har kastet loss. Når landlov gis, og hvor skipet da befinner seg langs reiseruten, kan være tilfeldig. Tilfeldigheter vil dessuten kunne avgjøre når vedkommende har anledning til å

⁹¹ Jf Grahl-Madsen s 216 andre avsnitt

⁹²Jf. Grahl-Madsen s 215 (siste avsnitt) – 216 (første avsnitt)

⁹³ Et kjønnsnøytralt uttrykk kunne være på sin plass, særlig etter at uttrykket "gravid sjømann" forsvant fra lovspråket med opphevelsen av sjømannsloven (av 30.05.1975 nr. 18) – se dens § 13. Alternativer fra den nye loven (lov 102 av 21.06.2013 om stillingsvern m.v. for arbeidstakere på skip) er "arbeidstaker" (for generelt) eller, hvis man benytter deler av lovens tittel, skiparbeider (for uvant). Sjømann/sjømenn benyttes i det følgende i betydningen både mann/menn og kvinne/kvinner som har funksjoner ombord på skip.

stikke seg unna i forbindelse med landlov, f.eks. når landlov er tildelt en gruppe sjømenn med solidarisk ansvar for gruppens tilbakevendelse til skipet.

De to tilfellene representerer adferdsmønstre som dekker en betydelig andel av den side av konvensjonsvernet som omfatter kategorien ulovlig opphold. Ulovlig opphold forutsetter hovedsakelig⁹⁴ lovlig innreise og avhoppere og sjømenn illustrerer to aktuelle og praktiske eksempler. En tolkning av "coming directly" i samsvar med ordbokdefinisjonene fører til at slike og liknende tilfeller faller utenfor konvensjonsvernet, med en radering av kategorien ulovlig opphold til følge.

Går man deretter over til "coming directly" med hensyn til "illegal entry" kommer tilsvarende problemer til syne, om enn i mindre omfang. Først ut er blindpassasjerer hvor man finner hovedsaklig samme adferdsmønster som for tilfellene over. En blindpassasjer er i denne sammenheng en person som har sneket seg ombord i et transportmiddel (f.eks. et skip, et fly eller en lastebil), og som på denne måten ulovlig krysser grenser. Avhengig av hvilket transportmiddel blindpassasjeren har sneket seg ombord i, og hvilken reise transportmidlet legger ut på, vil blindpassasjeren kunne krysse flere grenser over et kortere eller lengre tidsrom. Mulighetene for å kunne forlate transportmidlet for å søke asyl vil kunne variere med både reiserute og type transportmiddel, men er trolig flere enn for avhoppere som risikerer å bli passet på av medlemmer av reisefølget eller for sjømenn som er under flaggstatjurisdiksjon representert ved kapteinens myndighet og eventuelle overoppsyn.

Sjømenn yter også i denne sammenheng bidrag. Utover tilfellene med landlov som nevnt over, vil en sjømann kunne gjøre seg skyldig i ulovlig innreise ved å rømme fra skipet når det ligger til kai⁹⁵ eller ved å svømme i land når skipet passerer nær kysten under forhold hvor slik flukt bedømmes som mulig. Tidspunktet for når slik aktivitet reelt sett er mulig vil, på samme vis som for tilfellene over, variere.

⁹⁴ I prinsippet kan ulovlig opphold sies å foreligge umiddelbart etter ulovlig innreise.

⁹⁵ Det forutsettes her at sjømannen ikke allerede krysser grensen når skipet passerer territorialgrensen, men at hans ulovlige innreise består overgangen fra skipet, som i denne sammenheng er del av flaggstatens territorium, og landjorden.

En fellesnevner for tilfellene fordelt på de to kategoriene er at første reelle mulighet for å kunne oppfylle de resterende situasjonsbetingelsene kan inntre lang tid etter avreise og etter å ha reist både lovlig og ulovlig gjennom en rekke land. Samlet representerer tilfellene dessuten en betydelig andel av det adferdsmønster som kategoriene "illegal entry" og "illegal...presence" omhandler, og en streng fortolkning av "coming directly" vil sterkt begrense konvensjonsvernets omfang. Virkningen er størst i relasjon til ulovlig opphold, da den adferd som omhandles i denne kategorien allerede i utgangspunktet står i et anstrengt forhold til "coming directly". For ulovlig innreise vil en streng fortolkning ikke i like stor grad svekke konvensjonsvernet, da adferd som faller inn under "illegal entry" i større grad lar seg forene med "coming directly". Som det forhåpentligvis fremgår av eksemplene over omfatter imidlertid også denne kategorien høyst aktuelle og praktiske tilfeller som står i et problematisk forhold til en fortolkning av "coming directly" som er tro til ordbokdefinisjonene. Innen denne andelen av kategorien ulovlig innreise blir resultatet en tilsvarende svekkelse av konvensjonsbeskyttelsen.

En innvendig mot utlegningen over er at "coming directly" omfatter alle fire typetilfeller i den utstrekning flyktingen i sin rolle som sjømann, blindpassasjer eller avhopper *benytter* første reelle mulighet til å oppfylle de resterende situasjonsbetingelsene.⁹⁶ En slikt standpunkt finner bare marginal støtte i ordbokdefinisjonene over og det skyver dessuten et diffust vurderingstema i forgrunnen som innebærer en etterfølgende overprøving av flyktingers løpende vurderinger under varierende omstendigheter. En hypotetisk vurdering av reelle muligheter harmonerer dessuten, som Noll fremhever (i en noe annen sammenheng), dårlig med konvensjonens formål slik dette kan utledes av fortalen, hvor det ansopes til internasjonalt samarbeid for å avhjelpe "unduly heavy burdens on certain countries".⁹⁷ I en gitt situasjon med en flyktingestrøm fra et bestemt område, og under forutsetning av eventuelle sanksjoners innvirkning på flyktingers adferd, vil en slik hypotetisk vurdering kunne bidra til en konsentrasjon av flyktingestrømmen til bestemte land nærmere fluktlandet.

⁹⁶ Dette var engelske myndigheters holdning i den såkalte *Adimi*-saken, se dens se avsnitt 17, spesielt de to siste setningene. Grahl-Madsen benytter tilsynelatende dette som et demarkasjonskriterium, jf s 206 andre avsnitt andre setning, men dette modereres noe i avsnittets siste setning med en noe uklar konklusjon til følge.

⁹⁷ Noll s 1256 avsnitt 49

En annen innvending er at "coming directly" må tolkes slik at det stilles ulike krav til de to kategorier, f.eks. slik at ulovlig opphold underkastes en noe mildere utgave av "coming directly" enn den som gjelder for ulovlig innreise.⁹⁸ Det kan imidlertid ikke sees å være holdepunkter for en slik tolkning. For det første inneholder teksten ingen antydning om slik differensiering, da "illegal entry or presence" som følge av uttrykket "on account of" behandles som en enhet vis-à-vis "coming directly". For det andre er syntaksen nøytral. Verken ordrekkefølge eller tegn trekker i retning av differensiering. For det tredje vil en differensiering av relasjonene til ulovlig innreise og ulovlig opphold i første rekke avhjelpe problemene knyttet til ulovlig opphold, mens de tilsvarende problemer for ulovlig innreise vil bestå.

En oppsummering så langt er at den tilsynelatende strenge forståelsen av "coming directly" med basis i ordbokdefinisjonene ikke holder stikk når andre elementer i teksten trekkes inn. Den nærmere grensdragning er imidlertid uklar. En tolkning av "coming directly" som gir full virkning til "illegal entry or presence" innebærer en betydning som er nokså langt unna ordbokdefinisjonene, og som tar fokuset bort fra klare avgrensninger i dimensjonene tid og rom. En kompatibel tolkning går i retning av en vurdering basert på hvorvidt flukten er avsluttet eller ikke når spørsmålet om konvensjonsbeskyttelse blir aktuelt. En flukt er avsluttet i relasjon til "coming directly" når flyktningen har fått beskyttelse på et annet territorium, enten formelt eller reelt.⁹⁹ Flyktningen kommer i slike tilfeller ikke *direkte* fra et område hvor slike omstendigheter som begrunner flyktningestatus i henhold til art. 1 (jf. tilleggsprotokolles art. 1) er til stede, men snarere direkte fra et område *uten* slike omstendigheter. Tolkningen harmonerer med artikkel 33 som forbyr tilbakesendelse (såkalt non-refoulement) til områder hvor slike omstendigheter som begrunner flyktningestatus eksisterer. En flyktning som ikke oppfyller vilkåret "coming directly", slik dette er tolket like over, vil kunne returneres til

⁹⁸ I tråd med det som avsnitt 2.1 vil man i tilfelle så overfor to (forskjellige) normer.

⁹⁹Jf Adimi sakens tredje kriterium: whether or not the refugee sought or found there protection de jure or de facto from the persecution they were fleeing. Jf FNs ekspertpanel (riktignok om forarbeidene) i Expert Roundtable organized by the United Nations High Commissioner for Refugees and the Graduate Institute of International Studies, Geneva, Switzerland, 8–9 November 2001 s 254 "The drafters only intended that immunity from penalty should not apply to refugees who found asylum, or who were settled, temporarily or permanently, in another country". Jf. Noll: "The benefit of Art. 31, para. 1 must be accorded to *any* refugee, with the exception of those who have been accorded refugee status and lawful residence in a transit State to which they can safely return" (kursiv i original).

området hvor flukten ble avsluttet, under forutsetning av at dette området i etterkant ikke er omfattet av art. 33. Poenget her er ikke vektleggingen av at det finnes muligheter for retur, men at flyktninger det er aktuelt å benytte sanksjoner mot, kan antas å påvirkes av sanksjonen. Som Noll fremhever: "Logically, there would only be one category of refugees whose behaviour could be rationally targeted and altered with penalties. It is a group of refugees who, already having secured lawful presence and international protection as refugees in a transit State, nonetheless violate the law governing entry and stay of another State".¹⁰⁰

2.3.3 "present themselves without delay"

Innledning.

Utrykket "present themselves without delay to the authorities" beskriver kvaliteter ved den handling flyktingen må utføre etter å ha brutt innreise eller oppholdsreglene for å kunne nyte godt av konvensjonsvernet. Flyktninger må gi seg til kjenne ("present themselves") overfor myndighetene ("to the authorities") innen en frist ("without delay"). Jeg behandler sistnevnte først og kommer tilbake til de to andre mot slutten av avsnittet.

"without delay".

Med norsk prosessrettslig terminologi kan "without delay"¹⁰¹ betegnes som en preklusiv frist, hvis oversittelse innebærer at flyktingen kommer i en dårligere stilling enn ved overholdelse.¹⁰² En frist har et utgangspunkt, et utløps- eller forfallstidspunkt og en angivelse av hva som må utføres innen fristens forfall (oppfyllelshandlingen). Disse elementene behandles i den nevnte rekkefølgen i teksten under. I sentrum står utløps- eller forfallstidspunktet, da dette er det mest sammensatte av de tre elementene. Som vi imidlertid skal se medfører visse forutsetninger knyttet til oppfyllelshandlingen at denne må trekkes inn i behandlingen av fristberegningen.

Fristen utgangspunkt.

¹⁰⁰Noll s 1256 avsnitt 48 avslutningsvis.

¹⁰¹ Den franske utgavens terminologi: "sans délai"

¹⁰² Jf Jo Hov: Rettergang II s. 1028-1029. Analogien er for så vidt haltende, da det her ikke er tale om å gå glipp av prosessuelle rettigheter, men en materiell rett.

Fristens utgangspunkt er tidspunktet for overtredelse av innreise- eller oppholdsreglene. Dette følger av sammenhengen med "show good cause" (se avsnitt 2.3.4 under) som angir hvilken tilleggsinformasjon¹⁰³ flyktingen skal gi til myndighetene når vedkommende gir seg til kjenne. I følge dette vilkåret skal flyktingen begrunne den ulovlig innreisen eller det ulovlige oppholdet – "show good cause *for* their illegal entry or presence" (min uth.) – en begrunnelse som peker *tilbake* i tid på innreisen eller oppholdet. Tidspunktet for overtredelsen av innreise- eller oppholdsreglene vil variere blant traktatpartene etter hvordan disse reglesettene er innrettet.

I Adimi-saken hevdet engelske myndigheter at "without delay" krever at flyktinger som reiser med falsk pass ikke skal passere passkontrollen, men allerede der gi seg til kjenne.¹⁰⁴ En slik tolkning bygger på to forutsetninger: *For det første*, i medhold av det som er fremholdt like over om fristens utgangspunkt, må det forutsettes at innreisereglene allerede er overtrådt, noe som innebærer at innreisereglene i dette tilfellet enten forbyr *forsøk* på bruk av falsk pass og/eller forbyr *besittelse* av falsk pass på territoriet¹⁰⁵. Forutsetningen har betydning for nasjonale rettsystemer som ikke knytter forsøkshandlinger til innreisereglene, eller som ikke er innrettet slik at besittelse er omfattet av innreisereglene. *For det andre* forutsetter tolkningen at "without delay" anviser en frist som faller slik at passkontrollen i slike og tilsvarende tilfeller utgjør fristens utløp.

Fristberegningen.

¹⁰³ Informasjon i tillegg til det som måtte kreves av "present themselves" i form av personalia etc.

¹⁰⁴ Jf. R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi, avsnitt 22 hvor myndighetenes anførsel ble oppsummert på følgende vis: "Generally speaking they submit that an asylum seeker can reasonably be expected to claim asylum as soon as he arrives at passport control". Tolkningen var basert på en tilsynelatende misforstått uttalelse av Grahl-Madsen, jf. dommer Browns innvendinger i avsnittene 23-24 med henvisninger til Grahl-Madsen.

¹⁰⁵ Så vidt jeg kan se oppfylder britisk rett den første forutsetningen. I følge Forgery and Counterfeiting Act 1981 del 1 avsnitt 5 (1) er det straffbart å være i besittelse av ("to have in his custody or under his control ") falsk pass eller tilsvarende reisedokument (jf. Avsnitt 5 (5) (f) "passports and documents which can be used instead of passports"). I Adimi-saken var tiltalte (Adimi) opprinnelig tiltalt for overtredelse av nevnte lovbestemmelse, men subsumsjonen ble endret til den ettefølgende bestemmelse, avsnitt 5 (2) som mangler førstevntes krav om hensikt - "with the intention that he or another shall use it to induce somebody to accept it as genuine", jf Adimi-saken avsnitt 6 setning 4. Straffereammen for overtredelse av de to bestemmelsene er hhv. 2 og 10 år, jf. Forgery and Counterfeiting Act 1981 del 1 avsnitt 6 (2) – (4).

Et praktisk utgangspunkt for analysen av fristberegningen er betraktningen at kravet om å gi seg til kjenne "without delay" nødvendigvis må variere i takt med de ulike måter flyktninger kan overtre reglene om ulovlig innreise eller opphold (se avsnitt 2.2.5 over). En flyktning som krysser en grense til fots i det skjulte langt ute i ødemarken vil kunne bruke lang tid på i det hele tatt å komme i posisjon til å gi seg til kjenne for myndighetene. I motsatt fall vil en flyktning som krysser grensen til fots i sentrale strøk komme i tilsvarende posisjon langt raskere. Betingelsen "without delay" må ta opp i seg denne variasjonsbredden. Med hensyn til til de to nevnte tilfellene kan en streng fortolkning av "without delay" defineres som tidsforløpet mellom tidspunktet for den ulovlige innreise (fristens utgangspunkt – se over) og frem til flyktningen befinner seg *i posisjon* til å gi seg til kjenne. Alternative, mer liberale¹⁰⁶ fortolkninger, forskyver forfallstidspunktet i tid til et tidspunkt etter at flyktningen har kommet i posisjon til å gi seg til kjenne. Konsekvensene av en streng fortolkning for de to nevnte tilfellene virker ikke nødvendigvis urimelige eller "manifestly absurd or unreasonable" som det heter i traktatkonvensjonens art 32, men en streng fortolkning får problematiske følger når den konfronteres med andre sider av den variasjonsbredde som "illegal entry or presence" er bærer av. Ser man på tilfellet hvor en flyktning krysser grensen ved hjelp av falsk pass, vil en streng fortolkning kunne innebære at passkontrollen setter flyktningen i posisjon til å gi seg til kjenne "without delay". Dette er situasjonen hvor innreisereglene allerede er overtrådt som følge av forsøks- eller besittelseshandlinger, jf. den første forutsetningen i forrige avsnitt. I disse tilfelle innebærer en streng fortolkning av "without delay" en meget kort frist – tiden det tar å bevege seg fra ankomsthallen til passkontrollen hvis flyktningen ankommer med fly. Hvis innreisereglene derimot overtres ved bruken av det falske passet i passkontrollen, dvs. hvor den første forutsetning i avsnittet over ikke er oppfylt, stiller dette seg noe annerledes. I slike tilfeller kan det hevdes at en streng fortolkning krever samtidighet, ved at pass og innrømmelse presenteres i samme omgang. I begge de nevnte tilfellene innebærer en streng fortolkning av "without delay" nærmest at "the refugee should present himself to the authorities immediately on entry into a country", slik det ble hevdet av representanten for USA i Ad hoc-komiteen under arbeidet med konvensjonsteksten.¹⁰⁷ Ord som *samtidighet*, *umiddelbarhet* eller det engelske *immediatley*, utgjør meget anstrengte tolkninger av "without delay", og som jeg kommer tilbake til stod den amerikanske representanten tilsynelatende alene om sin tolkning.

¹⁰⁶ Relativt sett, med utgangspunkt i det restriktive alternativet.

¹⁰⁷ Ad Hoc-komiteen E/AC.32/SR.40

Før jeg går videre med "without delay", må en annen faktor av betydning for fristberegningen nevnes. Som nevnt innledningsvis vil forutsetninger knyttet til oppfyllelshandlingen trekke denne inn i fristberegningen. Uttrykket "present themselves" antyder at flyktningen må utføre en foregripende – viljestyrt – handling når vedkommende gir seg til kjenne.¹⁰⁸ Dette får betydning hvis en flyktning oppdages eller avsløres av myndighetene i forbindelse med, eller etter, ulovlig innreise eller opphold. *For det første* kan det sikkert legges til grunn at en flyktning som holder fast ved en falsk identitet eller som nekter å samarbeide etter en avsløring eller oppdagelse faller utenfor konvensjonsvernet. Det kan diskuteres om dette er relevant for spørsmålet om fristberegningen, men siden oppdagelse eller avsløring utgjør foranledningen tas det med her. *For det andre* kan det hevdes at flyktninger som gir seg til kjenne først etter at vedkommende er oppdaget eller avslørt, ikke lenger handler viljestyrt, men opportunt, og av den grunn ikke oppfyller vilkåret.¹⁰⁹ Konsekvensene blir i tilfelle at oppdagelse eller avsløring bringer fristen til forfall og har således virkning som en resolutiv omstendighet for konvensjonsvernet. Betydningen av oppdagelse eller avsløring vis-à-vis vilje/opportunitets-vurderingen vil imidlertid variere etter hvorvidt flyktningen har kommet i posisjon til å gi seg til kjenne eller ikke på oppdagelsestidspunktet. Utfordringen er å håndtere følgende to muligheter:

- 1) Det kan ikke utelukkes at en flyktning som ennå ikke har kommet i posisjon til å gi seg til kjenne, kommer til å gi seg til kjenne så snart vedkommende er i posisjon.
- 2) Det kan ikke utelukkes at en flyktning som har kommet i posisjon til å gi seg til kjenne hadde til hensikt å holde seg skjult, men handlet opportunt i forbindelse med oppdagelsen.

Ad. 1.: For denne gruppen flyktninger vil tilkjennegivelse i forbindelse med eller like etter oppdagelsen, med få unntak, oppfylle kravet. Selv med en streng fortolkning av "without delay" vil flyktningen nærmest handle i direkte samsvar med bestemmelsens ordlyd.

Vedkommende kunne ikke på et tidligere tidspunkt ha gitt seg til kjenne, og legger kortene på

¹⁰⁸ Jf. Hathaway s 390-391. Han nevner tilfellet hvor flyktningen søker asyl etter å ha blitt oppdaget: "there would in such a case be no genuine exercise of free will on the part of the refugee" og viser videre til Ad hoc-komiteen E/AC.32/SR.40.

¹⁰⁹ Jf. Hathaway s 390-391; Grahl-Madsen s 218-219; Noll s 1259 avsnitt 60

bordet ved første anledning. Dette gjelder alle tilfeller nevnt over, både de skjulte innreisetilfellene, både i grise- og urbane strøk, og bruk av falsk pass i passkontrollen, uavhengig av om overtredelsen av innreisereglene fant sted allerede i ankomsthallen eller i selve passkontrollen. Unntak kan tenkes i tilfeller hvor det basert på omstendigheter rundt oppdagelsen eller avsløringen kan føres tilstrekkelige bevis for at flyktingen hadde til hensikt å gi seg i kast med en skjult tilværelse i landet.

Ad. 2.: For denne gruppen flyktinger *kan* tilkjennegivelse i forbindelse med oppdagelsen oppfylle kravet. Her er vi imidlertid over i grenselandet mellom en streng fortolkning og mer liberale fortolkninger av fristen, i alle fall med hensyn til den definisjonen som er angitt over hvor spørsmålet om flyktingen hadde kommet i posisjon til å gi seg til kjenne utgjorde skjæringspunktet. All den tid oppdagelse eller avsløring anses som en omstendighet som bringer *fristen* til forfall, forutsettes det i det følgende at fristen ikke er oversittet, uten at det foreløpig er uttalt noe bestemt om dens beregning. Tatt i betraktning flyktingers varierte bakgrunn er det ikke belegg for å legge til grunn en formodning om at oppdagelse etter at flyktingen var i posisjon til å gi seg til kjenne, indikerer at flyktingen hadde til hensikt å holde seg skjult. Lengden på tidsforløpet mellom oppdagelsen og det tidspunkt hvor flyktingen var i posisjon til å gi seg til kjenne, sammenholdt med subjektive forhold som feilaktig råd fra menneskesmuglere, språkproblemer, mistro til myndigheter etc., er momenter som må tas med i betraktningen. Felles for disse tilfellene er, som det heter hos Hathaway, at "relevant claimant-specific circumstances" må tas i betraktning.¹¹⁰ UNHCR Guidelines yter et viktig bidrag ved en slik individuell vurdering, noe jeg kommer tilbake til nedenfor.

Dette leder tilbake til selve fristen. Utover de mer eller mindre generelle bemerkninger og den ramme som er antydning over, er det vanskelig å tolke "without delay" med henblikk på å kunne si noe konkret om fristberegningen. Siden anvendelsen av hovedregelen i traktatkonvensjonens art. 31 ikke gir ytterligere bidrag, må fokus rettes mot de sekundære kilder som anvises i traktatkonvensjonens art. 32 – "supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion". Grunnlaget for å ty til slike sekundære kilder er i dette tilfellet bestemmelsens kriterium (a) som hjemler *direkte* bruk, dvs. til å

¹¹⁰ Se Hathaway s 392

*"determine the meaning when the interpretation according to article 31 :
(a) Leaves the meaning ambiguous or obscure;"*

Forarbeider av betydning for "without delay" utgjøres i all hovedsak av Ad hoc-komiteens andre møte avholdt 22.08.1950.¹¹¹

Nedenfor gjengir jeg utdrag av fra samtlige avsnitt som inneholder uttalelser og bemerkninger fra representantene i komiteen direkte om "without delay". Uttalelsene er gruppert under temaene *fristberegningen* og *betydningen av tilkjennegivelse etter oppdagelse eller avsløring*.

Om fristberegningen

Den belgiske representanten innledet med å erklære at han var

*"prepared to accept the provision, so long as it was understood that it referred only to a very brief stay. In other words, the reasons which might be held to justify illegal entry or an unauthorized stay of three or four days must on no account be recognized as valid of a longer stay"*¹¹²

Til dette bemerket den franske representanten (noe intetsigende):

*"The Belgian representative also asked that the provision should not apply to unauthorized refugees who had been in the territory a long time. But that was precisely what the text of article 26 stated: "A refugee who presents himself without delay"*¹¹³

Representanten fra USA:

*"His interpretation of the words "without delay" was that the refugee should present himself to the authorities immediately on entry into a country."*¹¹⁴

Den belgiske representantens bemerkninger om at at tre eller fire dager er innenfor kravet i "without delay" trekker i retning av en mer liberal fortolkning – *liberal* i forhold til den restriktive tolkningen definert over, hvor grensen trekkes etter hvorvidt flyktningen har kommet i posisjon til å gi seg til kjenne. Dette står i rak motsetning til uttalelsen av

¹¹¹ Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40

¹¹² Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 3

¹¹³ Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 7

¹¹⁴ Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 13

representanten fra USA, men her legger vedkommende til grunn en tolkning som ikke kan forenes med uttrykket "without delay", verken isolert sett eller i kontekst.

Om betydningen av tilkjenneivelse etter oppdagelse eller avsløring.

Den belgiske representanten bemerkning:

"With regard to the illegal presence of a refugee on a given territory, the case was conceivable of a refugee who had been on foreign soil for a certain length of time being discovered by the authorities. The moment he was discovered, he could present himself to the local authorities, explaining the reasons why he had taken refuge in that territory. In such instances, the text would not necessarily cover the case of prolonged illegal presence."¹¹⁵

Den franske representanten svar:

The first paragraph of the article involved a voluntary act. A person who presented himself to the authorities of a country after crossing its frontiers without authorization, was performing a voluntary act; whereas, in the case mentioned by the Belgian representative, the act was no longer voluntary, since the refugee who had entered illegally had been brought before the authorities by the police who discovered him. The refugee could therefore no longer benefit by the provision of article 26.¹¹⁶

Representanten fra USA:

"Mr. HENKIN (United States of America) thought that the Belgian representative had been under a misapprehension, as paragraph 1 contained no indication that a refugee could remain in a country for a period of time and not be required to present himself " without delay" until he was caught."¹¹⁷

Uttalelsene knyttet til betydningen av tilkjenneivelse etter oppdagelse eller avsløring er på linje med det som er hevdet i teksten over.

Er da tolkningen av "without delay" overlatt til de friere overveielser ?

I Adimi-saken ble det lagt vekt på UNHCRs tolkning i Revised guidelines on applicable criteria and standards relating to the detention of asylum seekers:¹¹⁸

¹¹⁵ Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 10

¹¹⁶ Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 14

¹¹⁷ Ad Hoc-komiteens E/AC.32/SR.40 avsnitt 13

¹¹⁸ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi = R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi (1999) avsnitt 20 -21

"...given the special situation of asylum-seekers, in particular the effects of trauma, language problems, lack of information, previous experiences which often result in a suspicion of those in authority, feelings of insecurity, and the fact that these and other circumstances may vary enormously from one asylum seeker to another, there is no time limit which can be mechanically applied or associated with the expression 'without delay'"¹¹⁹

Relevansen av dette dokumentet ble utledet av flyktningekonvensjonens art. 35 (1) – med Lord Justice Simon Browns ord:

"Having regard to Article 35(1) of the Convention, it seems to me that such Guidelines should be accorded considerable weight. Article 35(1) provides: "The contracting States undertake to cooperate with the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, ... in the exercise of its functions and shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention."¹²⁰

Det er tvilsomt om "considerable weight" kan tillegges UNHCRs tolkning på bakgrunn av flyktningekonvensjonens art. 35 (1). Dette heter riktig nok at traktatpartene skal "undertake to cooperate" med UNHCR, men at uttalelser fra UNHCR skal ha betydning for tolkningen av konvensjonen forutsetter i tilfelle at "the exercise of its functions" og "supervising the application of the provisions of this convention" gir UNCHR (en viss) autoritet vis-à-vis traktatpartene i tolkningsøyemed. Da jeg ikke har anledning til å gå nærmere inn på dette spørsmålet, henviser jeg til Hathaways¹²¹ og Ziecks¹²² behandling av emnet, hvor konklusjonene går i retning av en betydning eller vekt basert på uttalelsens overbevisningskraft eller argumentasjonsverdi.

På denne bakgrunn kan UNHCR Guidelines' bidrag til tolkningen av "without delay", i kraft av sin argumentative verdi, sies å være verdifull. Den fremhever et bredt spekter av ulike subjektive forhold som kan prege flyktninger og samtidig at disse forholdene i stor grad vil

¹¹⁹ UNHCR guidelines (1999) s 2 avsnitt 4

¹²⁰ R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi = R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi (1999) avsnitt 20-21

¹²¹ Hathaway s 112-118, med en oppsummering på s 118.

¹²² Zieck s. 1493-1500

kunne variere flyktingene imellom. Konklusjonen i Guidelines (se sitatet over) om en konkret og individuell, ikke-mekanisk, anvendelse av "without delay" står seg godt.

En oppsummering og en forsiktig antydning til konklusjon vedr. fristberegningen lyder dermed: "without delay" antyder et forfallstidspunkt som er forskjøvet noe fremover i tid fra det forfallstidspunkt som kan legges til grunn i basert på en streng tolkning slik denne er definert over. Argumentene fra UNHCR guidelines sammenholdt den belgiske representantens bemerkninger og den franske representantens enighet i Ad hoc-komiteen indikerer at en flykting ikke har overtrådt "without delay" om vedkommende gir seg tilkjenne i løpet av noen dager etter at vedkommende er kommet i posisjon. For de "vanskelige" tilfellene nevnt over, hvor falsk pass benyttes ved innreisen, og en streng fortolkning innebærer at "without delay" går i retning av at "the refugee should present himself to the authorities immediately on entry into a country", slik representanten fra USA formulerte det, innebærer dette en løsning som tillater grensepasseringen. Fristen er i alle tilfeller dynamisk. Den tar opp i seg den variasjonsbredde som følger av "illegal entry or presence", og den kan bringes til forfall ved oppdagelse eller avsløring. I enkelttilfeller må vurderinger relatert til "without delay" avgjøres konkret og individuelt, og da vil UNHCR Guidelines gi betydelig bidrag ved vurderingen.

"present themselves ... to the authorities".

Avslutningsvis må selve handlingen som må utføres innen fristens utløp undersøkes – "present themselves ... to the authorities". I teksten over er uttrykket *å gi seg til kjenne* brukt som en beskrivelse av handlingen, men den kunne like godt ha blitt angitt ved uttrykket *å søke asyl*. Det er nær sammenheng mellom denne handlingen og betingelsen "show good cause" (se avsnitt 2.3.4 under) som angir tilleggsinformasjon flyktingen må bidra med. En flykting må imidlertid først gi seg til kjenne og formidle at vedkommende søker asyl før en forklaring i samsvar med "show good cause" kan komme i gang.

Utrykket "present themselves ... to the authorities" har to komponenter:

- 1) den handling som må utføres – "present themselves", og
- 2) mottakeren av budskapet – "to the authorities"

Ad.1 Kravet til selve handlingen kan ikke være strengt, sett lys av "show good cause" som kommer i tillegg. Utrykket "present themselves" antyder en innledende kontakt hvor angivelse av personalia og en formidling om at man er på flukt er tilstrekkelig.

Ad. 2 Spørsmålet om hvem som kan ta imot informasjonen er noe mer sammensatt. Reell usikkerhet hos flyktninger kan gjøre seg gjeldende på dette punkt, og kan f.eks. utgjøre en av flere årsaker til at en flyktning ikke gir seg til kjenne på en grensestasjon eller i passkontrollen. Ordet "authorities" forekommer en rekke ganger i konvensjonen, både alene og i kvalifisert form, som bl.a. "competent authorities", "public authorities" og "administrative authorities". Den ukvalifiserte utgaven i art. 31 (1) antyder en bred referanseramme. Som fremhevet av Hathaway: "Exemption from panalization should not, of course, be denied to a refugee who mistakenly reports to officials of the wrong level or branch of government"¹²³ Både representanter for statsorganer og regionale organer er "authorities" i denne sammenheng, da det ikke kan forventes at en flyktning – eller en annen utlending for den sakens skyld – skal kunne skille mellom representanter for de ulike myndighetsgrenene.

2.3.4 "show good cause"

Når flyktningen har gitt seg til kjenne i samsvar med kravene i "present themselves without dealy" må flyktningen "show good cause for their illegal entry or presence". Den franske utgaven benytter uttrykket "exposit des raisons reconnues valables".

Flyktningen skal begrunne den ulovlige innreisen, en begrunnelse som nødvendigvis må variere med hvordan flyktningen har tatt seg ulovlig inn på en traktatparts territorium eller oppholdt seg der ulovlig (jf. avsnitt 2.2.5 over hvor "good cause" sees i sammenheng med "illegal entry or presence").

Noll stiller spørsmålet om flyktningestatus i seg selv utgjør en tilstrekkelig begrunnelse:

"Is being a refugee in itself a sufficient 'good cause' in the sense of Art. 31?"¹²⁴

¹²³ Jf. Hathaway s 390; jf Noll s. 1259 avsnitt 58

¹²⁴ Jf. Noll s 1260 avsnitt 63

Som han fremhever er dette forholdet allerede omfattet av at amnestiet kun tilkommer flyktninger og at det dermed har formodningen mot seg at "show good cause" ikke innebærer noe mer.¹²⁵ Tolkningen er forenelig med traktatkonvensjonens art. 31. Hvilke krav som stilles utover dette utgangspunktet er derimot uklart.

Det må klart kvalifisere som "good cause" at en flyktning ikke hadde andre muligheter enn å ta seg ulovlig inn i eller oppholde seg ulovlig på territoriet. Innreise uten pass kan f.eks. skyldes at pass ikke er mulig å oppdrive i fluktlandet eller at myndighetene i fluktlandet inndrar eller nekter å utstede reisedokumenter til personer som de mistenker at kommer til å flykte.¹²⁶

Det samme må gjelde tilfeller hvor lovlig innreise ville utsette flyktningen for økt risiko for slike omstendigheter som det flyktes fra. Noll nevner som eksempler

"prolonged temporal exposition to persecutory risks during lengthy processing of a visa application"

og videre

*"that the mere fact of queuing before a foreign embassy, or having dealings with it, might attract the attention of potential persecutors"*¹²⁷

Det er vanskelig å komme utenom en tolking som ikke anviser en konkret og individuell vurdering – som tar "claimant-specific circumstances" i betraktning for å låne et uttrykk fra Hathaway.¹²⁸ Vurderingen må imidlertid sees i lys av at kravet i "without delay" må være oppfylt for at amnestiet skal komme til anvendelse, og at det ikke kan stilles spesielt strenge krav i tilfeller hvor flyktningen har gitt seg til kjenne innen rimelig tid og frivillig forklarer om omstendighetene omkring innreisen eller oppholdet og eventuelt sine subjektive vurderinger omkring disse.

¹²⁵ Jf. Noll s 1260 avsnitt 63

¹²⁶ Jf. Noll s 1261 avsnitt 64

¹²⁷ Jf. Noll s 1361 avsnitt 64 in fine

¹²⁸ Brukt i relasjon til "without delay", se Hathaway s 392

3 Artikkel 31 (1) i norsk rett

Flyktningekonvensjonen ble ratifisert av norske myndigheter 23.03.1953 og trådte i kraft 22.04.1955 i henhold prosedyren i art. 43.¹²⁹ At flyktningekonvensjonen er bindende for Norge er ikke tvilsomt. Spørsmålet her er dens stilling som rettskildefaktor i intern norsk rett.

Norsk rett bygger som kjent på en dualismegrunnsetning, hvor folkeretten og norsk rett utgjør to separate rettsystemer. Folkerettslige normer påvirker det norske rettssystemet via det såkalte presumsjonsprinsippet, hvor norsk rett presumeres å stemme overens med folkeretten. Presumsjonsprinsippet gir seg konkret utslag i at det ved valg mellom flere tolkningsalternativer velges det som harmonerer med Norges folkerettslige forpliktelser.¹³⁰ Derav følger også prinsippet begrensning – det er ikke alltid det lar seg gjøre å harmonisere de norske rettskildefaktorene slik at man oppnår et resultat som er i overensstemmelse med folkeretten. Presumsjonsprinsippet er generelt – Norges folkerettslige forpliktelser bestemmes av både traktatforpliktelser og alminnelig folkerett.¹³¹ For traktatforpliktelsene vil imidlertid presumsjonsprinsippet betydning kunne variere i takt med rettsområdet slik at folkerettslige regler som omhandler grunnleggende menneskerettigheter eller på annet vis har til formål å beskytte enkeltindivider gis større vekt.¹³² Grunnlovens § 92 kan nevnes i denne sammenheng

"Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter."

Flyktningekonvensjonens art. 31 (1) med sitt amnesti til fordel for mennesker på flukt må kunne sies å tilhøre den delen av folkeretten som presumsjonsprinsippet gir større vekt.

Utover presumsjonsprinsippet innvirkning fører dualismegrunnsetningen til at folkerettslige regler må være gjennomført i norsk rett ved en gjennomføringsakt – transformasjon eller inkorporasjon – og de folkerettslige regler får i så fall samme vekt som

¹²⁹ Konvensjonen trer i kraft 90 dager etter dens 6. ratifikasjon/tiltredelse, jf art. 43.

¹³⁰ Jf Eckhoff [Helgesen] s 301-302 og 316-317

¹³¹ Jf Rt. 2000.1811(Fianger I) på side 1826 "[...] presumsjonsprinsippet, hvoretter norsk lov så vidt mulig skal tolkes i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser".

¹³² Eckhoff [Helgesen] s 302-303 og 325

transformasjonshjemmelen.¹³³ Flyktningekonvensjonen er ikke gjennomført i slikt omfang i norsk rett.

Menneskerettsloven må nevnes i denne sammenheng. Menneskerettsloven oppstiller en katalog over traktater som "skal gjelde som norsk lov i den utstrekning de er bindende for Norge" (jf. § 2) og ved motstrid «gå foran bestemmelser i annen lovgivning» (jf. § 3). Sammenliknet både med presumsjonsprinsippet og det som er hevdet like over om vekt i henhold til transformasjonshjemmel, går menneskerettsloven betydelig lenger som følge av forrangsbestemmelsen i § 3. Flyktningekonvensjonen inngår imidlertid ikke i katalogen over traktater som gis en slik status.

Av langt større (praktisk) betydning er den såkalte sektormonisme som preger rettskildebildet på de rettsområder som har berøringspunkter mot flyktningekonvensjonens art. 31 (1). Med sektormonisme siktes her til det forhold at en lov inneholder en bestemmelse som proklamerer at loven skal anvendes i samsvar med, eller gjelder med de begrensninger som følger av, folkeretten. Sett på bakgrunn av dualismegrunnsetningen, innfører slike bestemmelser monisme innen den sektor loven kan sies å utgjøre.

Både utlendingsloven og straffeloven er sektormonistiske slik det er redegjort for over. Disse representerer samlet sett i all hovedsak de kimer til konflikt som kan tenkes å oppstå i forholdet mellom flyktningekonvensjonens art. 31 (1) og norsk rett.

Utlendingsloven – som den sentrale lov på utlendingsforvaltningens område – inneholder bestemmelser om innreise i kapittel 2, særlig §§ 8-9 jf. § 15, med straffehjemler i § 108. Det kan legges til at tiltale for brudd på utlendingslovens bestemmelser er betinget av allmenne hensyn, jf. § 108 (8). Lovens sektormonistiske bestemmelse finnes i § 3:

"Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling."

Straffeloven med sin § 182 om straff for bruk av forfalskede dokumenter representerer trolig det mest aktuelle tilfellet av norsk rett som kan komme i konflikt med

¹³³ Eckhoff [Helgesen] s 310

flyktningekonvensjonens art. 31 (1), da den rammer bruk av falsk pass, jf § 179. Begge de to høyesterettsavgjørelser som har berørt flyktningekonvensjonens art. 31 (1) har hatt utgangspunkt i tiltaler for overtredelse av straffelovens § 182, se Rt. 1995.1218 og Rt. 2014.645. Straffelovens sektormonistiske bestemmelse finnes i § 1 (2):

*"Straffelovgivningen gjelder med de begrensningene som følger av overenskomst med fremmed stat eller av folkeretten for øvrig"*¹³⁴

¹³⁴ Jf ordlyden i den ikke ikrafttrådte straffeloven (2005) § 2: "Straffelovgivningen gjelder med de begrensninger som følger av overenskomster med fremmede stater eller av folkeretten for øvrig"

4 Litteraturliste

Bøker og artikler

Eckhoff[Helgesen] =

Thostein Eckhoff og Jan E. Helgesen: Rettskildelære (5.utg.) (2001)

Eckhoff/Sundby =

Thorstei Eckhoff og Nils Kristian Sundby: Rettsystemer (2. utg) (1991)

Einarsen =

Terje Eiarsen i Andreas Zimmermann (ed.): The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol – A commentary (2011)

Gardiner =

Richard K. Gardiner: Treaty interpretation (2008)

Gil-Bazo =

Maria-Teresa Gil-Bazo i Andreas Zimmermann (ed.): The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol – A commentary (2011)

Goodwin-Gill =

Guy S. Goodwin-Gill: Article 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: non-penalization, detention, and protection

Goodwin-Gill/McAdam =

Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam: The Refugee in international law (3. utg.) (2007)

Grahl-Madsen =

Atle Grahl-Madsen: The status of refugees in international law – volume I (1966)

Grahl-Madsen II =

Atle Grahl-Madsen: The status of refugees in international law – volume II (1972)

Hathaway =

James C. Hathaway: The rights of refugees under international law (2005)

Hov =

Jo Hov: Rettergang I (2010)

Hov II =

Jo Hov: Rettergang II (2010)

Noll =

Gregor Noll i Andreas Zimmermann (ed.): The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol – A commentary (2011)

Peczenik =

Peczenik: Rättsnormer (1987)

Sundby =

Nils Kristian Sundby: Om normer (2. opplag) (1978)

Zieck=

Marjoleine Zieck i Andreas Zimmermann (ed.): The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol – A commentary (2011)

Zimmermann/Mahler =

Andreas Zimmermann and Claudia Mahler i Andreas Zimmermann (ed.): The 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 protocol – A commentary (2011)

Avgjørelser:

Norske

Rt. 1995.1218

Rt. 2000.1811

Rt. 2014.645

Engelske

Adimi-avgjørelsen =

R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi = *R v. Uxbridge Magistrates Court and Another, Ex parte Adimi*, [1999] EWHC Admin 765; [2001] Q.B. 667, United Kingdom: High Court (England and Wales), 29 July 1999

Internasjonale

Van Duzen v. Canada=

Gordon C. Van Duzen v. Canada, Communication No. R.12/50, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) at 150 (1982)

Engel=

Engel and others v. The Netherlands (1976)

Lover:

Norske

Menneskerettsloven

Straffeloven

Utlendingsloven

Engelske

Immigration and Asylum Act 1999

Forgery and Counterfeiting Act 1981

Traktater:

Convention relating to the status of refugees (1951)

Protocol relating to the status of refugees (1967)

Vienna Convention on the law of treaties (1969)

Forarbeider flyktningekonvensjonen:

Ad hoc-komiteen

Ad-hoc-komiteen E/AC.32/SR.40 =

UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Second Session: Summary Record of the Fortieth Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Tuesday, 22 August 1950, at 2.30 p.m., 27 September 1950, E/AC.32/SR.40, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c1910.html>

Memorandum E/AC.32/2 =

UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, Status of Refugees and Stateless Persons - Memorandum by the Secretary-General, 3 January 1950, E/AC.32/2, available at: <http://www.refworld.org/docid/3ae68c280.html>

Diplomatkonferansen

Diplomatkonferansen A/CONF.2/SR.13=

UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons,
Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary
Record of the Thirteenth Meeting, 22 November 1951, A/CONF.2/SR.13, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae68cdc8.html>

Diplomatkonferansen A/CONF.2/SR.14 =

UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons,
*Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary
Record of the Fourteenth Meeting*, 22 November 1951, A/CONF.2/SR.14, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae68cdb0.html>

Diplomatkonferansen A/CONF.2/SR.35 =

UN Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons,
*Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary
Record of the Thirty-fifth Meeting*, 3 December 1951, A/CONF.2/SR.35, available at:
<http://www.refworld.org/docid/3ae68ceb4.html>

Annet:

ExCom No. 44 (XXXVII) Detention of refugees and asylum-seekers (1986) =

Conclusions adopted by the executive committee on the international protection of refugees
1975 – 2009 (conclusion no. 1 – 109)

UNHCR guidelines (1999) =

UNHCR Revised guidelines on applicable criteria and standards relating to the detention of
asylum seekers guidelines