

UiO • **Det juridiske fakultet**

Byrdefordeling mellom stater i flyktningretten

en juridisk forpliktelse?

Kandidatnummer: 629

Leveringsfrist: 25.11.2018

Antall ord: 17 277



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Problemstilling.....	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.3.1	Folkerettslig metode.....	2
1.3.2	Overordnede internasjonale kilder	3
1.3.3	Flyktningrettens kilder	3
1.4	Begrepsavklaring	5
2	SUVERENITETSPRINSIPPET	8
2.1	Innledning.....	8
2.2	Prinsippets innhold	8
2.3	Betydning for folkerettens effektivitet	10
2.4	Implikasjoner for flyktningretten.....	11
4	BYRDEFORDELING – EN JURIDISK FORPLIKTELSE?	14
4.1	Innledning.....	14
4.2	Rettslige grunnlag.....	14
4.2.1	Internasjonale instrumenter	14
4.2.2	Flyktningkonvensjonen	16
4.2.3	Regionale avtaler og regelverk.....	18
4.2.4	Soft law	24
4.3	Byrdefordelingsordninger.....	30
4.3.1	Overføringsflyktninger.....	30
4.3.2	Ad hoc-ordninger	31
4.4	Konklusjon.....	34
6	EMK ART. 3 – EN BYRDEFORDELINGSMEKANISME?	35
6.1	Innledning.....	35
6.2	Non-refoulement i Flyktningkonvensjonen.....	35
6.3	Non-refoulement i menneskerettslige konvensjoner	37
6.4	EMDs praksis	39
6.4.1	Dublin-forordningen	39
6.4.2	Faktum i de tre sakene.....	40
6.4.3	Forhold som utgjør brudd på EMK art. 3.....	41
6.4.4	Kjede-refoulement.....	43

6.4.5	Statens ansvar.....	43
6.4.6	EMK art. 3 som byrdefordelingsmekanisme.....	45
6.5	Konklusjon.....	46
8	AVSLUTNING.....	48
	LITTERATURLISTE	49

1 Innledning

1.1 Tema

Verden står i dag ovenfor det største registrerte antallet mennesker på flukt noensinne. I følge UNHCR har 68,5 millioner mennesker blitt tvunget til å forlate hjemmene sine, hvorav 25,4 millioner av disse er flyktninger, 3,1 millioner er asylsøkere og 40 millioner er internt fordrevne.¹

Dagens flyktninger er ujevnt fordelt, da noen land tar imot uforholdsmessig mange fordi de grenser til konfliktområder eller mye brukte fluktruter. Dette kan legge et stort press på disse landenes mottakssystemer, og gjøre det vanskelig for staten å overholde sine forpliktelser overfor flyktningene og asylsøkerne. De tre største mottakslandene i dag er Tyrkia, Pakistan og Uganda, hvor Tyrkia har tatt imot 3,5 millioner, mens de to sistnevnte har tatt imot 1,4 millioner hver.² Omtrent 85% av verdens fordrevne befinner seg i utviklingsland.³ Dette er land som allerede har utfordringer av økonomisk og sosial karakter, og som dermed rammes ekstra hardt ved store tilstrømninger av flyktninger inn i landet.

Et av hovedvilkårene for å få flyktningstatus er at man er utenfor det land man er borger av⁴, altså at man har passert en internasjonal grense. Dermed er flyktningretten av internasjonal karakter som alltid berører to eller flere stater.

«The problem of the refugee, by its very nature, concerns the relations between states because it involves the movement of person between states. The perspective of state-to-state relations, not the relation between the individual and the state, becomes critical for the mitigation or solution of refugee crises»⁵

Sitatet er et utgangspunkt for å forstå at en viktig faktor i å finne en løsning på flyktningkriser er internasjonal samarbeid. Ansvarstaten har overfor individet er fortsatt viktig, men det kan være vanskelig for en stat å ivareta dette ansvaret dersom det kommer en massetilstrømning av flyktninger. Spesielt gjelder dette for utviklingsland, som i utgangspunktet har dårligere forutsetninger for å ta seg av flyktninger.

¹ UNHCR (per. 19. Juni 2018).

² UNHCR (per 19. Juni 2018).

³ UNHCR (per 19. Juni 2018).

⁴ Flyktningkonvensjonen art. 1 A nr. 2.

⁵ Garvey (1985) s. 484.

For å kunne gi flyktninger den beskyttelsen de har krav på, er det derfor nødvendig at andre stater bidrar til en fordeling av den byrden disse landene bærer. Dette forutsetter samarbeid på tvers av landegrenser, noe som ofte bygger på politiske relasjoner. Slike relasjoner er imidlertid skjøre og forandrer seg raskt som følge av interessekonflikter, maktforskyvninger, kamp om ressurser osv. Et godt juridisk system som forplikter stater til å samarbeide kan være et mer solid grunnlag for å sikre byrdefordeling.

1.2 Problemstilling

Jeg vil i denne oppgaven, med utgangspunkt i tilgjengelige rettskilder, drøfte hvorvidt det foreligger en juridisk forpliktelse mellom stater til å delta i byrdefordeling av flyktninger. Jeg vil også drøfte i hvilken grad prinsippet om non-refoulement, som forankret i EMK art. 3, kan sikre eller fremtvinge slik byrdefordeling.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Folkerettslig metode

I folkeretten har det vokst frem prinsipper for traktatolkning. The International Court of Justice (ICJ) har slått fast at prinsippene er å anse som folkerettslig sedvane og er kodifisert i Wien-konvensjonens art. 31-33.⁶ Hovedregelen finner man i art. 31 nr. 1:

«A treaty shall be interpreted in *good faith* in accordance with the *ordinary meaning* to be given to the terms of the treaty in their *context* and in the light of its *object and purpose*» (Min utheving)

Ordlyden er utgangspunktet for traktatolkningen, men den skal tolkes i god tro i lys av både kontekst og formål. Denne handlingen skal utføres i en helhetlig operasjon, altså skal alle elementer tas med i enhver fortolkning. Dette ble fremhevet av FNs folkerettskommisjon som deltok i utarbeidelsen av Wien-konvensjonen.⁷ At traktater skal tolkes i god tro er en direkte konsekvens av det helt grunnleggende utgangspunktet om at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*)⁸, som fremgår av konvensjonens art. 26. Dette fordrer en lojalitetsplikt mellom partene, hvor det tolkningsresultat som harmoniserer med partenes intensjoner skal velges.⁹ Ordlyden anses å være det beste grunnlaget for å komme frem til partenes intensjoner, og dette er derfor utgangspunktet.¹⁰ Dersom det mellom partene var ment at en spesiell mening skulle

⁶ Guinea-Bissau v. Senegal par. 48 s. 70.

⁷ International Law Commission 1966 s. 219 avs. 8.

⁸ International Law Commission 1966 s. 221 avs. 12.

⁹ Ruud (2011) s. 89.

¹⁰ International Law Commission 1966 s. 220 avs. 11.

tillegges ordlyden, skal denne velges, jf. Art. 31 nr. 4. Hva som ligger i kontekst er utdypet i art. 31 nr. 2, og det presiseres at både fortalen og eventuelle vedlegg eller protokoller utgjør en del av traktatteksten. Formål kan tillegges stor vekt dersom ordlyden ikke er klar, jf. effektivitetsprinsippet.¹¹ Dette kan imidlertid krenke statenes suverenitet ved å utvide anvendelsesområdet, og er brukt med en viss varsomhet, da man også i folkeretten kan snakke om et slags legalitetsprinsipp.¹²

Bestemmelsene som fremgår av Wien-konvensjonen er ikke uttømmende, og bærer preg av å være retningslinjer som ikke oppstiller et klart vektforhold mellom de ulike tolkningsmomentene. Likevel har noen fått navnet supplerende tolkningsmomenter.¹³ Disse finner man i art. 32 og skal i utgangspunktet bare brukes dersom tolkning etter art. 31 fører til en mening som er «ambiguous or obscure» eller til et resultat som er «manifestly absurd or unreasonable». I så fall kan forarbeider eller omstendigheter rundt vedtagelse av traktaten få betydning. Selv om de er supplerende tolkningsmomenter tas de i betraktning i samme vending som de andre momentene, men prinsipielt er vekten av disse mindre.¹⁴

1.3.2 Overordnede internasjonale kilder

For å svare på problemstillingen vil det være nødvendig å se hen til folkerettslige kilder som favner videre enn bare flyktningretten. FN-Pakten er den grunnleggende traktaten for FN, og beskriver regler og prosedyrer for FNs organer, men også hovedprinsipper i internasjonale forhold. Pakten gjelder for alle FNs medlemmer, som består av alle verdens land som per dags dato er internasjonalt anerkjente stater.¹⁵ Fordi den er av overordnet karakter, vil dens prinsipper ha innflytelse på en rekke områder innenfor folkeretten, herunder flyktningretten. Den vil derfor være en viktig rettskilde for å svare på problemstillingen.

1.3.3 Flyktningrettens kilder

Forpliktelser overfor flyktninger strekker seg lenger enn bare Flyktningkonvensjonens bestemmelser, og inkluderer blant annet menneskerettslige og regionale kilder. Videre finnes sedvanerettslige regler og andre traktater som forplikter de som ikke er parter i Flyktningkonvensjonen.¹⁶

¹¹ Ruud (2011) s. 92.

¹² Ruud (2011) s. 92-93.

¹³ Ruud (2011) s. 89.

¹⁴ Ruud (2011) s. 94.

¹⁵ FN (2018).

¹⁶ Einarsen (2016) s. 13.

1.3.3.1 *Flyktningkonvensjonen*

Den mest sentrale konvensjonen i flyktningretten er FNs konvensjon om flyktningers stilling av 1951¹⁷ og dens Protokoll av 1967¹⁸. Konvensjonen hadde i utgangspunktet en tidsmessig og geografisk begrensning. Kun de som var utsatt for hendelser før 1. januar 1951 skulle bli anerkjent som flyktninger¹⁹ og statene kunne selv bestemme at konvensjonens kun skulle gjelde for flyktninger i Europa²⁰. Etterhvert som det oppsto nye flyktningkriser, også utenfor Europa, ble tilleggsprotokollen vedtatt. Ratifisering av denne opphevet både de tidsmessige og geografiske begrensningene i Flyktningkonvensjonen.²¹ Konvensjonen har stor oppslutning blant verdens land, og er ratifisert av 145 stater, mens tilleggsprotokollen er ratifisert av 146. 142 av disse har ratifisert begge.²² Flyktningkonvensjonen vil være det sentrale utgangspunkt for å vurdere om det finnes en juridisk forpliktelse for stater til å delta i byrdefordeling av flyktninger.

FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)²³ har et mandat til å overvåke statenes gjennomføring av bestemmelsene i Flyktningkonvensjonen.²⁴ UNHCRs uttalelser og anbefalinger er derfor av betydning for hvordan Flyktningkonvensjonen skal tolkes. Også UNHCRs Eksekutivkomité's konklusjoner vil være av betydning.

1.3.3.2 *Regionale kilder*

Det har vokst frem flere regionale avtaler og regelverk som i stor grad overlapper med Flyktningkonvensjonen, men som i tillegg har fokus på utfordringer som spesielt gjør seg gjeldene for de aktuelle regionene. Herunder Europa, Afrika, Sør-Amerika og Asia.

For å vurdere hvorvidt en juridisk forpliktelse om byrdefordeling finnes er det derfor av interesse å se hen til EU-regelverk om flyktninger, OAU-konvensjonen, Cartagena-erklæringen og Bangkok Principles.

I 1999 startet utviklingen av et felles europeisk asylsystem kalt Common European Asylum System (CEAS). Dette hevet europeisk asylpolitikk og asylregelverk fra et mellomstatlig til et overnasjonalt nivå, noe som særpreger det europeiske asylregelverket sammenlignet med andre regioner. CEAS omfatter direktiver og forordninger som skal bidra til en felles asylpraksis, og implementerte det allerede eksisterende Dublin- og Schengen-samarbeidet. Dermed finnes det

¹⁷ Heretter Flyktningkonvensjonen.

¹⁸ Protocol relating to the Status of Refugees, heretter tilleggsprotokollen.

¹⁹ Flyktningkonvensjonen art. 1A nr. 2.

²⁰ Flyktningkonvensjonen 1B.

²¹ Protocol relating to the Status of Refugees art. 1 nr. 2 og nr. 3.

²² United Nations Treaty Collection (2018).

²³ Office of the United Nations High Commissioner for Refugees.

²⁴ Statuttene til FNs høykommissær for flyktninger Chapter II nr. 8 letter a.

for EU- og EØS-land et omfattende regelverk på asylfeltet som sikrer et nærmere samspill mellom de nasjonale asylsystemene. Kapittelet om EU-regelverket vil derfor oppta noe mer plass enn de andre regionene, som ikke har like omfattende samarbeid.

1.3.3.3 *Menneskerettslige kilder*

I Flyktningkonvensjonens fortale henvises det til Menneskerettighetserklæringen og de grunnleggende menneskerettighetene som alle har krav på.²⁵ I tillegg gjelder reglene i de generelle menneskerettskonvensjonene, både globale og regionale, for alle under en stats jurisdiksjon²⁶, asylsøkere inkludert²⁷. Dette viser at menneskerettighetene er supplerende regler i vernet av flyktninger.

Menneskerettighetserklæringen er selve grunndokumentet for menneskerettighetene, men er ikke juridisk bindende. Mange av FNs konvensjoner springer imidlertid ut av erklæringen og har inntatt mange av dens bestemmelser. Retten til å søke asyl fremgår av erklæringens art. 14.

Den mest sentrale menneskerettskonvensjonen i denne oppgaven vil være Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK), og spesielt dens art. 3. Prinsippet om non-refoulement anses å være forankret i denne bestemmelsen, og den har derfor fått betydning for vernet mot utsendelse av flyktninger. Dette skal jeg vise til ved bruk av eksempler fra den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis. Konvensjonen er regional og gjelder kun for Europa, men dens art. 3 samsvarer med art. 7 i den Internasjonale konvensjonen for sosiale og politiske rettigheter (SP) og art. 3 i Torturkonvensjonen (TK). Eksemplene på hvordan bestemmelsen kan ha effekt som byrdefordelingsmekanisme vil derfor ha overføringsverdi globalt.

1.4 **Begrepsavklaring**

I flyktningretten skiller det mellom internt fordrevne, flyktninger og asylsøkere. Disse grupperingene går under fellesbetegnelsen migranter. Selv om migranter også er de som frivillig har forlatt hjemmene sine, kjennetegnes de tre ovennevnte gruppene av at de har blitt tvunget til det.²⁸ De som er tvunget på flukt i eget land kalles internt fordrevne. Kun de som krysser en internasjonal grense kan betegnes som flyktning eller asylsøker.

En *flyktning* er en migrant som har blitt anerkjent som flyktning etter Flyktningkonvensjonen.²⁹ Einarsen understreker at «det er et anerkjent prinsipp i den internasjonale flyktningretten at en

²⁵ Flyktningkonvensjonens fortale første avsnitt.

²⁶ SP art. 2 nr. 1, TK art. 2 nr. 1., BK art. 2 nr. 1, EMK art. 1, Pact of San Jose art. 1 nr. 1.

²⁷ Einarsen (2000) s. 33.

²⁸ IOM (2018).

²⁹ Flyktningkonvensjonen art. 1 A nr. 2.

person ikke *blir* «flyktning» gjennom statlig anerkjennelse, men at slik status skal anerkjennes fordi han eller hun *er* «flyktning».³⁰ En *asylsøker* er en migrant som har kommet til et annet land enn sitt eget for å søke asyl. Frem til søknaden er innvilget er man å anse som asylsøker. Hvorvidt asylsøknaden skal innvilges eller ikke er opp til nasjonale myndigheter å avgjøre, men mange land har som krav at man må oppfylle flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen for å få asyl.

Oppgaven omhandler *byrdefordeling* i flyktningretten. Inder ramser opp fire forskjellige begrep som har blitt brukt om tilsynelatende samme fenomen: «(1) international cooperation; (2) international solidarity; (3) burden sharing; (4) responsibility sharing».³¹

I Flyktningkonvensjonens fortale brukes begrepet «international cooperation». Begrepet «burden-sharing» oppsto først på 1970-tallet.³² UNHCRs Eksekutivkomité påpekte i 1979 at land som ble gjenstand for store ankomster av flyktninger skulle få hjelp av andre stater i samsvar med «the principle of equitable burden-sharing».³³

På 1990-tallet ble begrepet «responsibility sharing» mer brukt, da det ble økte motforestillinger mot å referere til flyktninger som en byrde.³⁴ Dowd og McAdam viser til at «burden-sharing» og «responsibility sharing» har blitt sett på som presiseringer av hva internasjonalt samarbeid kan være.³⁵

På UNHCRs «Expert Meeting» i 2011 ønsket man å unngå en inngående diskusjon om terminologi, og heller fokusere på fremgang innen konkrete tiltak for å fremme internasjonalt samarbeid.³⁶ Inder påpeker at det er vanskelig å vite hva som kreves av de som er underlagt et prinsipp, en regel eller forpliktelse, dersom det er uklarerhet rundt terminologien.³⁷

Da jeg vil ha fokus på innholdet av prinsippet i denne oppgaven, avgrenses det mot en nærmere klargjøring av begrepsbruken på området. Jeg vil bruke *byrdefordeling* som fellesbetegnelse for de ulike terminologiene som er brukt i flyktningretten opp gjennom tiden. Begrepet er ment å omfatte både finansiell støtte, fysisk fordeling av flyktninger og andre tiltak som kan inngå i byrdefordeling. Det er også et grep for å skille det fra begrepet ansvarsfordeling, som brukes i

³⁰ Einarsen (2000) s. 413.

³¹ Inder (2018) s. 6.

³² Inder (2018) s. 7.

³³ UNHCR ExCom Conclusion no. 15 (XXX) 1979 avs. f.

³⁴ Inder (2018) s. 6.

³⁵ Dowd (2017) s. 869.

³⁶ UNHCR (2011a) s. 2.

³⁷ Inder (2018) s. 8.

forklaringen av Dublin-systemet, og som i den kontekst innholdsmessig representerer noe annet. Når jeg skriver om internasjonalt samarbeid er det imidlertid av en bredere og mer generell karakter, hvor byrdefordeling kan anses å være en form for underkategori.

2 Suverenitetsprinsippet

2.1 Innledning

Byrdefordeling i flyktningretten er som tidligere nevnt et statlig mellomliggende. Suverenitetsprinsippet kan derfor utgjøre en utfordring for gjennomføringen av byrdefordeling. Jeg vil i det følgende redegjøre for suverenitetsprinsippet og dets betydning for både folkeretten og flyktningretten.

2.2 Prinsippets innhold

Suverenitetsprinsippet er et sentralt prinsipp i folkeretten, og innvirker på folkerettens effektivitet og gjennomslagskraft. Prinsippet går hovedsakelig ut på at alle stater er suverene og bestemmer over seg selv. Suverenitetsprinsippet kommer ikke direkte til uttrykk i noen av de internasjonale instrumentene, og man anser dets rettslige grunnlag å være folkerettslig sedvanerett.

FN-systemet baserer seg i stor grad på prinsippet om staters suverenitet, noe man kan utlede av FN-Paktens grunnleggende prinsipper. Blant annet gjennom prinsippet om *suveren likhet* i FN-Paktens art. 2 (1) og prinsippet om *ikke-innblanding og immunitet* i art. 2 (4) og art. 2 (7).

ICJ uttalte i Nicaragua-saken at prinsippet om ikke-innblanding har blitt ansett å være en naturlig følge av prinsippet om staters suverene likhet.³⁸ I saken vurderte ICJ hvorvidt USA hadde brutt prinsippet om ikke-innblanding og forbudet mot bruk av makt, ved å støtte opprørsstyrken Contras i Nicaragua. ICJ kom til at USA hadde brutt prinsippet om ikke-innblanding ved å støtte Contras finansielt, og at våpenbidrag og trening av den samme opprørsstyrken var brudd på maktforbudet.³⁹ Utgangspunktet er altså at ingen stat er overordnet en annen, og enhver stat har rett til å ha et autonomt selvstyre, uten innblanding fra andre.

På grunn av dette utgangspunktet forutsetter forpliktelser og pålagt samarbeid hver stats uttrykkelige samtykke.⁴⁰ En stat kan ikke underlegges andres lovgivning, tvangs- eller domsmyndighet uten selv å ville det, men nettopp det å kunne avtale en slik ordning er like fullt en side av suverenitetsprinsippet.⁴¹

³⁸ Nicaragua v. United States avs. 202.

³⁹ Nicaragua v. United States avs. 228.

⁴⁰ Goodwin-Gill (2007) s. 502.

⁴¹ Ruud (2011) s. 21.

Selv om det klare utgangspunkt er at stater må samtykke for å bli forpliktet, finnes det noen unntak fra dette. Folkerettslig sedvanerett og alminnelige prinsipper er bindende uavhengig av samtykke fra staten selv. Noen traktater er en ren kodifisering av allerede eksisterende sedvanerett eller alminnelige prinsipper, og vil derfor være bindende uavhengig av om staten har ratifisert den eller ikke. Dette er for eksempel tilfellet for Wien-konvensjonens bestemmelser om traktatolkning.⁴² Kun ved betimelig og vedvarende motstand mot den sedvanerettslige regelen kan en stat anse seg som ubundet av den.⁴³ At det er mulig å innta en slik «persistent objector»-posisjon er imidlertid ikke helt klart⁴⁴, men det går utenfor denne oppgaven å drøfte dette nærmere. Enkelte sedvanerettslige regler er av en slik grunnleggende karakter at de ikke kan fravikes, såkalt jus cogens.⁴⁵ I Wien-konvensjonen defineres jus cogens som tvingende normer som er «accepted and recognized by the international community».⁴⁶

I FN-Pakten finner man flere eksempler på unntak fra utgangspunktet om samtykke. Avgjørelser om endringer i FN-Pakten må ha to tredjedels flertall i Generalforsamlingen og ratifiseres av to tredjedeler av FNs medlemmer, inkludert alle faste medlemmene i sikkerhetsrådet.⁴⁷ Dette betyr at også de som stemmer mot bindes av endringene. Videre er Sikkerhetsrådets resolusjoner bindende for alle medlemslandene.⁴⁸ Sikkerhetsrådet er gitt kompetanse til å vedta sanksjoner eller beslutte bruk av militær makt, for å opprettholde fred og sikkerhet i verden.⁴⁹ Dette er en form for overnasjonal tvangsmakt.

FNs medlemsland har forhåndsgodkjent å underlegge seg flertallsvedtak og Sikkerhetsrådets resolusjoner ved å inngå medlemskap i FN. Ved å melde seg ut er de ikke lenger bundet, og man snakker dermed ikke om et helt klart unntak fra suverenitetsprinsippet. Hathaway viser imidlertid til at FN-pakten har en grunnleggende status og nærmest full oppslutning blant verdens stater. Den kan derfor anses som et unntak fra utgangspunktet om at traktater kun binder partene.⁵⁰ På bakgrunn av dette kan det argumenteres for at FN-Paktens bestemmelser har blitt sedvanerettslige, og at en utmelding derfor ikke vil ha den praktiske konsekvens at statene ikke lenger er bundet.

⁴² Wien-konvensjonen art. 31-33.

⁴³ Hathaway (2005) s. 18 note 8.

⁴⁴ Ruud (2011) s. 76.

⁴⁵ Ruud (2011) s. 68.

⁴⁶ Wien-konvensjonen art. 53.

⁴⁷ FN-Pakten art. 108.

⁴⁸ FN-Pakten art. 25.

⁴⁹ FN-Pakten art. 39 jf. 41 og 42.

⁵⁰ Hathaway (2005) s. 17 note 5.

2.3 Betydning for folkerettens effektivitet

På grunn av suverenitetsprinsippet og mangelen på en sentral lovgivningsmyndighet og tvangsmakt⁵¹, er folkeretten et mellomstatlig, mer enn et overstatlig, system. For at folkeretten skal være gjennomførbar er man derfor avhengig av at statene gjennom traktater enten gir avkall på, eller innskrenker sin suverenitet. Kun på denne måten vil man kunne skape bindende regelverk som statene må følge, og eventuelle sanksjonssystemer for når reglene ikke blir fulgt.

Statssuvereniteten kan være et hinder for å løse problemer av internasjonal karakter, for eksempel massetilstrømming av flyktninger. Man er i slike situasjoner avhengig av at et visst antall stater forplikter seg for å kunne få til en god fordeling av flyktninger. Forsøk på samarbeid vil i noen tilfeller stanses på grunn av statenes rett til å velge å ikke underlegge seg en forpliktelse de er uenige i, og man får dermed ikke gjennomslag for løsninger som kunne vært effektive i denne sammenheng.

Schuck mener statssuvereniteten ikke bare er et hinder i folkeretten, men også en nødvendighet og en viktig brikke i dens effektivitet. Han påpeker at suverene stater er de som best implementerer og håndhever systemer som sørger for en genuin ivaretagelse av for eksempel menneskerettighetene. Dette fordi en stat ser ut til å frembringe selvoppofrelse og koordinert handling i fellesskapets interesser bedre enn noen annen gruppering.⁵² Gjennom Schucks perspektiv, kan man dermed se på den suverene statens egenskaper som et verktøy for å få gjennomslag for de reglene som etableres i folkeretten.

Når en traktat først er ratifisert av en stat er den bindende, og statssuvereniteten vil i utgangspunktet ikke være et problem for gjennomføringen av forpliktelsen. Man ser likevel at stater kan hevde sin suverenitet og unngå å gjennomføre de forpliktelser de blir pålagt.

Bangladesh har den siste tiden forsøkt å returnere flyktninger, tilhørende den forfulgte folkegruppen Rohingya, til Myanmar mot deres vilje.⁵³ Rohingyaene i Myanmar har blitt utsatt for forfølgelse, og det FN definerer som forbrytelser mot menneskeheten og mulig folkemord. Tvungen utsendelse av Rohingyaer til slike forhold kan blant annet være brudd på Torturkonvensjonens (TK) art. 3, som verner mot utsendelse til tortur. Bangladesh har ratifisert konvensjonen og er dermed bundet av den. Til tross for at både FNs Høykommissær for flyktninger og en rekke organisasjoner for menneskerettigheter mener dette er i strid med internasjonale forpliktelser, har Bangladesh planer om å gjennomføre utsendelsen.⁵⁴ Dette vil i så fall være et

⁵¹ Ruud (2011) s. 23.

⁵² Schuck (1997) s. 247.

⁵³ Beech (2018).

⁵⁴ Human Rights Watch (2018).

eksempel på at Bangladesh hevder sin suverenitet og velger å ikke oppfylle sine konvensjonsforpliktelser.

Et annet problem kan oppstå dersom forpliktelsene som er inngått er overordnet og vage. Dette vil ofte være tilfellet dersom man har slitt med å bli enige og ender opp med et minste felles multiplum.⁵⁵ Resultatet blir en generell og uklar forpliktelse som åpner for flere tolkningsalternativer. Dermed får statenes egeninteresser større spillerom i tolkningen av hvordan forpliktelsen skal gjennomføres, og man risikerer å ende opp med et formål som ikke ivaretas.

2.4 Implikasjoner for flyktingretten

Tvister om fortolkningen eller anvendelsen av Flyktingkonvensjonen, skal henvises til ICJ, dersom de ikke kan løses ved andre midler.⁵⁶ Vanligvis må alle involverte parter i en sak samtykke til at ICJ kan avgjøre saken, men dette trengs ikke for parter i konvensjoner der det er bestemt at tvister skal henvises til ICJ⁵⁷, slik som i Flyktingkonvensjonen. Altså har man et overordnet domstolsapparat, hvis kompetanse partene på forhånd har samtykket til. Det er imidlertid ingen av Flyktingkonvensjonens bestemmelser som så langt har blitt prøvd for domstolen. Én av grunnene til dette kan være at domstolen ikke har individklageadgang. Kun stater kan være part i saker for ICJ, og Hathaway hevder at både likegyldighet eller frykt for «bilateral disadvantage» er grunnen til staters tilbakeholdenhet med å henvise andre staters brudd til ICJ.⁵⁸ En slik mangel på håndheving kan gi større faktisk spillerom i den nasjonale rettsanvendelsen, til tross for at omfanget av traktatforpliktelsene er de samme.⁵⁹ Dette spillerommet er for eksempel mindre for menneskerettslige forpliktelser, hvor internasjonale domstoler kan etterprøve konkrete klagesaker, og legge føringer for videre rettsanvendelse.⁶⁰

Flyktingrettens asylinstitutt preges av suverenitetsprinsippet. Selv om enhver har rett til å søke asyl i et annet land⁶¹, er det opp til den aktuelle staten å avgjøre om asyl skal innvilges eller ikke. Enhver har altså rett til å søke asyl, men ingen har rett til å få asyl innvilget. Dette følger av den, ifølge Morgenstern, ubestridte regelen i internasjonal rett om at «every state has exclusive control over the individuals on its territory».⁶² Slik UNHCR uttaler det, har stater både en rett og en plikt til selv å kontrollere innvandring og beskytte sine grenser. Dette ved å definere

⁵⁵ Ruud (2011) s. 23.

⁵⁶ Flyktingkonvensjonen art. 38.

⁵⁷ ICJ-statuttene art. 36(1).

⁵⁸ Hathaway (2005) s. 994.

⁵⁹ Einarsen (2000) s. 46.

⁶⁰ Einarsen (2000) s. 46.

⁶¹ Menneskerettighetserklæringen art. 14(1).

⁶² Morgenstern (1949) s. 327.

sin egen innvandringspolitikk og ivareta nasjonal sikkerhet.⁶³ Statens suverenitet er dermed en form for gode fordi den gir staten rett til kontroll på eget territorium. Likevel medfølger også et ansvar fordi staten må ivareta sikkerheten og beskytte de som befinner seg på eget territorium. Altså kan man se suvereniteten som en form for ansvarsfordeling for verdens borgere mellom de ulike landene. Flyktninger balanseres mellom statssuveranitetens to sider av ansvar og frihet.⁶⁴

Enhvers rett til å søke asyl utgjør også en form for unntak i statenes rett til å håndheve sin egen innvandringskontroll, ved at de plikter å slippe inn enhver som ønsker å søke asyl inntil søknaden er behandlet.⁶⁵ Dette er en følge av prinsippet om non-refoulement, hvor stater forbys å sende noen tilbake til et sted der de risikerer forfølgelse.⁶⁶ Samme prinsipp understrekes i The Declaration on Territorial Asylum.⁶⁷ For å avdekke om en slik risiko er tilstede, må asylsøkere derfor gis adgang til en asylprosedyre.⁶⁸ En nærmere gjennomgang av prinsippet om non-refoulement vil bli foretatt i kap. 4. Både retten til å søke asyl og vernet mot refoulement er ansett å være folkerettslig sedvanerett, og reglene vil derfor forplikte uten en forutsetning om samtykke.

Selv om stater etter dette utgangspunktet ikke kan avvise asylsøkere på grensen, ser man likevel eksempler på at det blir gjort. Den siste tiden har USA sendt tusenvis av soldater til grensen mot Mexico, for å hindre migrantene i den såkalte karavanen fra Mellom-Amerika å krysse grensen ulovlig.⁶⁹ En slik avvising eller hindring på grensen kan i prinsippet være lovlig, eller falle innunder gråsoner i folkeretten.⁷⁰ Det kan argumenteres for at flyktningene kommer fra trygge tredjeland, hvor de ikke risikerer refoulement.⁷¹ Dette er imidlertid omdiskuterte regler som ikke er klart forankret i folkeretten, og som neppe kan anses oppfylt uten noen form for vurdering av risikoen for refoulement. I følge Human Rights Watch kan man ikke anta at Mexico gir effektiv tilgang på beskyttelse til asylsøkere.⁷² I tillegg har USAs president kunngjort at de som ulovlig krysser grensen ikke får mulighet til å søke asyl.⁷³ Dette strider mot Flyktningkonvensjonens art. 31 om at ulovlig innreise ikke skal straffes. Til tross for at suvereniteten i

⁶³ UNHCR (2011c) s. 2.

⁶⁴ Gammeltoft-Hansen (2011) s. 13.

⁶⁵ Gammeltoft-Hansen (2008) s. 172.

⁶⁶ Flyktningkonvensjonen art. 33(1), EMK art. 3, SP. Art. 7, TK art. 3.

⁶⁷ Generalforsamlingsresolusjon 2312 (XXII) (1967) art. 3(1).

⁶⁸ Gammeltoft-Hansen (2011) s. 14.

⁶⁹ Smith (2018).

⁷⁰ Einarsen (2016) s. 14.

⁷¹ Såkalte «first country of asylum» eller «safe third countries». Mer om dette under punkt 3.2.3.2.

⁷² Frelick (2018).

⁷³ McCarthy (2018).

utgangspunktet er innskrenket er det altså, i mangel på en effektiv domsmyndighet, lett for en stat å fravike sine internasjonale forpliktelser til fordel for sin egeninteresse. Konsekvensene som rammer er typisk av mer politisk enn rettslig karakter.

Hathaway har lenge hevdet at stater fortsetter å erklære at de vil hjelpe flyktninger som følge av politisk diskresjon og humanitær godvilje. Når det kommer til de internasjonale juridiske forpliktelsene hevder han imidlertid at mange stater sverger til defensive strategier for å unngå å oppfylle disse. Enkelte teoretikere mener dette fører til et skifte fra et juridisk paradigme til et mer fleksibelt og større handlingsrom, som er mer sensitivt for politiske skifter, og hvor flyktingenes beskyttelse potensielt kan bli illusorisk.⁷⁴ Ifølge Hathaway, kan ingen internasjonale organer eller domstoler komme i den posisjon at de faktisk kan kreve at stater gjennomfører internasjonale forpliktelser som de opplever at fundamentalt strider mot deres egeninteresser. Han hevder derfor at man må komme frem til en implementering av flyktningkonvensjonen som kan aksepteres av statene, eller i alle fall sammenfaller med deres prioriteringer.⁷⁵

⁷⁴ Hathaway (1997) s. 116 og Hathaway (2005) s. 998.

⁷⁵ Hathaway (2005) s. 999.

4 Byrdefordeling – en juridisk forpliktelse?

4.1 Innledning

Utgangspunktet er altså at enhver stat er suveren. En eventuell forpliktelse om å bidra til byrdefordeling kan bare gjennomføres ved uttrykkelig samtykke fra staten selv. For å kunne svare på oppgavens problemstilling må man derfor se hen til de internasjonale instrumentene vi har i folkeretten i dag.

4.2 Rettslige grunnlag

4.2.1 Internasjonale instrumenter

FN-paktens art. 1 foreskriver FNs formål. Etter bestemmelsens tredje ledd er internasjonalt samarbeid for å løse problemer av økonomisk, sosial, kulturell og humanitær karakter et av hovedformålene.⁷⁶ Videre fremgår det av art. 56 at FNs medlemsstater plikter, både sammen og hver for seg, å samarbeide med FN for å oppnå fastsatte mål som fremgår av art. 55, herunder økonomiske, sosiale, helsemessige og relaterte problemer.⁷⁷ Dette gir en bred og generell definisjon av hvilke problemer medlemsstatene plikter å samarbeide om å løse. Det er ikke tvilsomt at flyktningsspørsmål kan sies å gå under denne definisjonen. Hva som konkret var ment å ligge i begrepet internasjonalt samarbeid er ikke utdypet. FN-pakten er imidlertid et overordnet internasjonalt instrument som ikke har som oppgave å gi detaljerte retningslinjer. Dette fører til at den får et bredt nedslagsfelt, med rom for utvikling av forpliktelser tilpasset hvert enkelt samfunnsområde. Samtidig skaper det også vage begreper, som gir rom for mange tolkningsalternativer.

Flyktningkonvensjonen art. 35 og 36 pålegger statene en plikt til å samarbeide med FN, både med kartlegging av flyktningsstilling, gjennomføringen av konvensjonen og nasjonal lovgivning som skal sikre beskyttelsen av flyktingene. Disse bestemmelsene knytter altså flyktningretten direkte opp mot FN-systemet.

Flere teoretikere har utledet forpliktelsen om byrdefordeling i flyktningretten av disse mer generelle instrumentene vi har i internasjonal rett. Fonteyne gikk i 1983 så langt som å hevde at byrdefordeling var blitt en sedvanerettslig regel. Ifølge han var prinsippet så anerkjent og hyppig anvendt i statspraksis at det utvilsomt var juridisk bindende. Han hevdet at det i alle fall måtte sees på som et juridisk bindende prinsipp innenfor FN-Paktens rammer. Argumentet han brukte var at store flyktningstrømmer over landegrenser potensielt kan skape en

⁷⁶ FN-Pakten art. 1 (3).

⁷⁷ FN-Pakten art. 55 (2) og 56.

destabiliserende effekt, hvor byrdefordelingen blir en viktig brikke i å oppfylle FN-Paktens hovedformål om å bevare internasjonal fred og sikkerhet.⁷⁸ Det er altså ikke formålet om å løse problemer av økonomisk, sosial, kulturell og humanitær karakter han viser til. At flyktningstrømmer kan være en trussel, eller medvirkende årsak til en trussel, mot internasjonal fred og sikkerhet har også blitt anerkjent av Sikkerhetsrådet i en rekke av dets resolusjoner.⁷⁹

Chimni har i ettertid også argumentert for at byrdefordeling må anses å være en sedvanerettslig regel. Han begrunner dette i stor grad ut fra hyppigheten prinsippet er nevnt i ulike konvensjoner og erklæringer av global og regional karakter. Samt i en rekke soft law-instrumenter og statspraksis angående omlokalisering, lokal integrering og finansiell støtte til mottaksland og institusjoner.⁸⁰

Dette er imidlertid avfeid av senere tids teoretikere. Noll avfeier Fonteynes analyse av at byrdefordeling er en sedvanerettslig regel. For at en regel skal bli sedvane må det foreligge konsekvent statspraksis og en rettsoverbevisning (*opinio juris*).⁸¹ Noll hevder at statspraksis ikke har vært konsistent nok, da langt fra alle flyktningkriser har blitt møtt med byrdefordeling, underbygget av Høykommissærens bemerkninger⁸² om nettopp dette. Videre hevder han at til tross for at prinsippet er hyppig nevnt i Eksekutivkomiteens konklusjoner, er det ikke klart nok til at man kan tilfredsstille kravet til *opinio juris*. Dersom det skulle være enighet om at det finnes en slik juridisk bindende norm, er den i alle fall temmelig abstrakt.⁸³

Türk og Garlick mener det er en juridisk forpliktelse for stater å delta i internasjonalt samarbeid, og at dette springer ut fra både FN-Pakten, UNHCR-statuttene og Generalforsamlingsresolusjoner som er relevante for Flyktningkonvensjonen. De snakker imidlertid om internasjonalt samarbeid som et overordnet begrep, hvor byrdefordeling er en underkategori. Fordi det ikke foreligger en videre utdypning av hva dette samarbeidet skal gå ut på, er det vanskelig å si hva innholdet i forpliktelsen er og hvilke bidrag statene eventuelt er forpliktet til å komme med.⁸⁴ De kan derfor ikke identifisere en juridisk forpliktelse om byrdefordeling ut fra disse instrumentene.

⁷⁸ Fonteyne (1983) s. 184.

⁷⁹ Goodwin-Gill (2011) s. 5-6.

⁸⁰ Chimni (2000) s. 147.

⁸¹ ICJ-Statuttene art. 38 (1) bokstav a-c.

⁸² Generalforsamlingen A/AC.96/850 (1995) avs. 14.

⁸³ Noll (2000) s. 284.

⁸⁴ Türk (2016a) s. 660.

4.2.2 Flyktningkonvensjonen

I Flyktningkonvensjonens operasjonelle del finner man ingen bestemmelser som pålegger statene å samarbeide eller delta i byrdefordeling. Fortalens fjerde avsnitt poengterer imidlertid at innvilgelse av asyl vil kunne bli spesielt byrdefullt for visse stater, og at oppgaven som er pålagt det internasjonale samfunn gjennom FN ikke kan løses uten internasjonalt samarbeid:

«Considering that the grant of asylum may place unduly heavy burdens on certain countries, and that a satisfactory solution of a problem of which the United Nations has recognized the international scope and nature cannot therefore be achieved without international co-operation.»⁸⁵

Også her ser man at begrepet «international co-operation» er brukt, og man får ikke mer ut av dette enn en presisering av hvor viktig det er at statene *jobber sammen* for å løse problemet med den ujevne fordelingen av asylsøkere mellom stater. Hva samarbeidet skal gå ut på sies det ingenting om. Ordlyden åpner dermed for at byrden kan lettes på flere måter for de landene som tar imot flest.

Det faktum at byrdefordeling kun er nevnt i fortalen er et viktig moment i vurderingen av om det kan sies å foreligge en juridisk bindende forpliktelse. Som utgangspunkt vil det som plasseres i fortalen normalt være prinsipper eller standpunkter som gir uttrykk for partenes intensjoner i traktaten. I internasjonal rett utgjør i utgangspunktet ikke det som står i fortalen bindende forpliktelser⁸⁶, selv om det er bred aksept om at fortalen kan ha betydning ved tolkning av Flyktningkonvensjonens bestemmelser⁸⁷. En indikasjon på at fortalen ikke er bindende er bruken av ordet «considering» i Flyktningkonvensjonens fjerde avsnitt. Ordbruken tilsier at man skal *ta hensyn til* at innvilgelse av asyl kan legge en urimelig stor byrde på noen stater, og derfor at dette må løses med internasjonalt samarbeid. Slik ordbruk oppfattes som en anmodning mer enn en forpliktelse.

Til tross for slik vag og generell ordbruk har ICJ tidligere godtatt at prinsipper som er plassert i fortalen likevel kan få bindende effekt. Dette ble slått fast i saken Frankrike mot USA, som gjaldt amerikanske statsborgeres rettigheter i Marokko. USA mente en forordning Frankrike hadde gjennomført i det franske protektoratet i Marokko, krenket USAs handelsrettigheter, nedfelt i blant annet The General Act of Algeciras av 1906. For å klarlegge hvilke rettigheter som fremgikk av The General Act of Algeciras vurderte ICJ om partene var bundet av prinsippet

⁸⁵ Flyktningkonvensjonens fortale fjerde avsnitt.

⁸⁶ Mbengue (2006) nr.11.

⁸⁷ Türk (2016a) s. 659.

om «economic liberty without inequality», som var plassert i fortalen. Etter en gjennomgang av omstendighetene rundt inngåelsen av traktaten, kom ICJ til at partene hadde ment at prinsippet skulle være bindende, noe som ble tillagt avgjørende vekt.⁸⁸ Dette er i tråd med Wien-konvensjonens regler om at traktater skal tolkes i god tro, altså at man skal velge det tolkningsalternativet som er i tråd med partenes intensjoner.⁸⁹

Ved inngåelsen av Flyktningkonvensjonen var ikke intensjonen at prinsippet om byrdefordeling skulle være bindende. Hvis man ser på forarbeidene til konvensjonen ble prinsippet om byrdefordeling originalt foreslått plassert i en egen artikkel i den operasjonelle delen. Denne artikkelen inneholdt en konkret form for byrdefordeling, nemlig at statene måtte si seg enige i å ta imot et visst antall flyktninger på sitt territorium.⁹⁰ Med forslaget fulgte en kommentar fra Secretary-General om at prinsippet likevel ikke var ment å være juridisk bindende, men mer som et veiledende prinsipp.⁹¹ Dette førte imidlertid til protest fra flere stater, blant annet Venezuela, som mente at slike overordnede prinsipper hørte hjemme i fortalen eller eventuelt en av Generalforsamlingens resolusjoner.⁹² Dette støtter opp under utgangspunktet om at resolusjoner ikke gir uttrykk for bindende forpliktelser, noe jeg skal redegjøre nærmere for under punkt 3.2.4.3. Forarbeidene er som utgangspunkt et supplerende tolkningsmoment, men vil kunne tillegges mer vekt i tilfeller som dette hvor de klargjør partenes intensjoner.⁹³

Inder påpeker at fortalens fjerde avsnitt ikke er avskåret fra å være opphavet til en positiv forpliktelse om byrdefordeling, til tross for at den ikke var ment å være bindende i utgangspunktet.⁹⁴ Dette begrunnes med henvisning til Wien-konvensjonens regler om traktattolkning. Nemlig at kontekst og etterfølgende praksis rundt anvendelsen, som kan si noe om partenes oppfatning om fortolkning av traktaten, skal tas i betraktning.⁹⁵ Dersom forpliktelsen i senere praksis har blitt oppfattet som en bindende forpliktelse kan dette dermed ha betydning.

Schuck viser til at prinsippet om byrdefordeling har blitt utledet som en logisk og ønskelig følge av allerede eksisterende internasjonale instrumenter, Flyktningkonvensjonen inkludert, av enkelte teoretikere.⁹⁶ Han mener imidlertid at disse forsøkene/tolkningsresultatene har mer en

⁸⁸ France v. United States ICJ s. 183-184.

⁸⁹ Wien-konvensjonen art. 31 (1).

⁹⁰ FN E/AC/32/2 (1950) art. 3 (2).

⁹¹ FN E/AC/32/2 (1950) art. 3 nr. 2 og “comment”.

⁹² FN E/AC.32/SR.7 (1950) avs. 8.

⁹³ Wien-konvensjonen art. 32 jf. 31.

⁹⁴ Inder (2018) s. 29.

⁹⁵ Wien-konvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav b.

⁹⁶ Henviser bla. til Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law* (1983) s. 101-162 og 215-234.

karakter av «moral exhortation and prudential argument» enn at de gir uttrykk for en juridisk bindende forpliktelse.⁹⁷ Han hevder altså at argumentene for å utlede et slikt prinsipp ikke er holdbare for å avdekke et autoritativt juridisk prinsipp.

Kritzman-Amir og Berman konkluderer med at begrepets innhold er for abstrakt til å kunne utgjøre en juridisk bindende forpliktelse, til tross for at det er nevnt i en rekke regionale og globale instrumenter, noe som gjør det vanskelig å implementere i praksis. Det faktum at prinsippet fremgår av Flyktningkonvensjonens fortale og andre ikke-bindende instrumenter, støtter også opp under denne konklusjonen.⁹⁸ De peker altså på to svakheter ved prinsippet som gjør det vanskelig å tillegge det en bindende effekt, henholdsvis innhold og plassering.

Plasseringen ble som vist ovenfor gjenstand for diskusjon ved inngåelsen av flyktningkonvensjonen. Dette var også tilfellet for innholdet av prinsippet. I forarbeidene ser man at en mer konkret formulering av hva prinsippet skulle inneholde originalt var foreslått. Internasjonalt samarbeid skulle gå ut på å hjelpe å «distribute refugees throughout the world».⁹⁹ Formuleringen konkretiserte altså hva samarbeidet skulle gå ut på, nemlig en fysisk fordeling av flyktningene. Formuleringen ble imidlertid fjernet på grunn av rask respons fra enkelte stater som mente de ikke var i stand til å ta imot flere flyktninger.¹⁰⁰ Formuleringen ble dermed fjernet og slik fortalens avsnitt er nå, sier den ingenting om hvordan byrdefordelingen skal foregå. Dette åpner for et stort spillerom for hver enkelt stat med tanke på hvordan de ønsker å bidra.

4.2.3 Regionale avtaler og regelverk

4.2.3.1 OAU-konvensjonen

The Convention governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa (OAU-konvensjonen) er et regionalt avtaleverk som gjelder for Afrika. Flyktningkonvensjonen anerkjennes i fortalen som det grunnleggende og universelle instrument for flyktningstatus, noe som viser at konvensjonen er ment som et supplement, og ikke som et alternativ, til Flyktningkonvensjonen.

OAU-konvensjonen pålegger en plikt, gjennom afrikansk solidaritet og internasjonalt samarbeid, til å iverksette passende tiltak for å lette byrden for de land som finner det vanskelig å fortsette å innvilge asyl. Dette fremgår av art. 2 nr. 4:

⁹⁷ Schuck (1997) s. 254.

⁹⁸ Kritzman-Amir (2010) s. 631 og 633.

⁹⁹ Inder (2018) s. 26.

¹⁰⁰ Inder (2018) s. 27.

“Where a Member State finds difficulty in continuing to grant asylum to refugees, such Member State may appeal directly to other Member States and through the OAU, and such other Member States shall in the spirit of African solidarity and international co-operation take appropriate measures to lighten the burden of the Member State granting asylum.”

Artikkel 2 nr. 4 oppstiller en klar forpliktelse om at den Afrikanske Unions (AU) medlemsstater *skal* ta del i byrdefordelingen. Det brukes imidlertid vage uttrykk som «solidarity» og «international co-operation» uten at innholdet spesifiseres. Hva som er «appropriate measures» for å lette byrden for andre stater er heller ikke klart. Dette kan tolkes som at tiltakene må tilpasses hvert tilfelle. Av art. 2 nr. 5 fremgår det imidlertid at fysisk fordeling av flyktninger kan være et av tiltakene som er ment å inngå i art. 2 nr. 4. Bestemmelsen foreskriver en rett til å få midlertidig beskyttelse i det land vedkommende først hevder flyktningstatus, dersom asyl ikke har blitt innvilget i noe annet land, i påvente av omlokalisering i tråd med art. 2 nr. 4. Dette gir en viss konkretisering av tiltak, men gir ingen veiledning i hvordan en slik omlokalisering skal foregå. Selv om forpliktelsen til å bidra til byrdefordeling altså er klar, er prinsippets innhold likevel like vagt som i Flyktningkonvensjonen.

Plasseringen av prinsippet i konvensjonens operasjonelle del skiller seg imidlertid fra Flyktningkonvensjonen, hvor det er plassert i fortalen. Dette trekker i retning av at prinsippet er ment å være av juridisk bindende karakter, og ikke bare en overordnet anmodning.

4.2.3.2 EU-regelverk

I Roma-traktatens del V «Area of freedom, security and justice» fremgår det av art. 67 nr. 2 at det i EU skal lages en felles policy for asyl, immigrasjon og ytre grensekontroll basert på “solidarity between Member States”. Videre oppstilles det i art. 80, som inngår i del V kap. 2, et prinsipp om solidaritet og rettferdig fordeling av ansvar. Prinsippet skal være førende ved implementeringen av retningslinjene om grensekontroll, asyl og immigrasjon som fremgår av kapittelet:

“The policies of the Union set out in this Chapter and their implementation shall be governed by the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States. Whenever necessary, the Union acts adopted pursuant to this Chapter shall contain appropriate measures to give effect to this principle.”¹⁰¹

¹⁰¹ TFEU art. 80.

I likhet med de foregående instrumentene som er drøftet, brukes det også her vage uttrykk som gir lite veiledning om innholdet i prinsippet. EUs medlemstater pålegges gjennom bestemmelsen en plikt til å sette i gang passende tiltak for å iverksette prinsippet, jf. «shall». Plikten til å iverksette prinsippet gjelder imidlertid ved implementeringen av regelverket på asylfeltet, og art. 80 kan ikke tas til inntekt som et selvstendig grunnlag for en byrdefordeling mellom medlemstatene. Roma-traktaten er imidlertid den grunnleggende traktaten for EU og del V fastlegger dermed de overordnede prinsipper på asylområdet. For å svare på oppgavens problemstilling vil det derfor være nyttig å se hen til direktiver og forordninger som inngår i CEAS.

Prinsippet om «solidarity and fair sharing of responsibility» gjentas i andre avsnitt i Prosedyre-direktivets¹⁰² og Mottaksdirektivets¹⁰³ fortaler, som begge er en del av CEAS. Også her understrekes det at prinsippet skal være førende for det felles asylsystemet. Hva dette innebærer konkretiseres ikke. Sett sammen med at det er plassert i fortalen, taler dette for at prinsippet ikke er av en juridisk forpliktende karakter, men kan få innvirkning som tolkningsmoment ved anvendelsen av bestemmelsene i direktivene.

I Dublin-forordningens¹⁰⁴ fortale, som anses å være en av hjørnesteinene i CEAS, henvises det til TEUF art. 80. Videre påpekes det at en prosess for tidlig varsling, beredskap og håndtering av kriser på asylområdet bør etableres. Denne prosessen kan forbedre styringen av “concrete measures of genuine and practical solidarity towards Member States”, både for å hjelpe medlemsstater som opplever sterkt press på asylsystemet og asylsøkerne.¹⁰⁵ Det kan altså innfortolkes at en form for byrdefordeling er nødvendig for å forhindre kollaps i enkelte mottakslands asylsystemer. Dublin-forordningen er ikke en byrdefordelingsmekanisme i seg selv, men har stor innvirkning på fordelingen av asylsøkere og flyktninger i Europa. Den vil redegjøres nærmere for under punkt 4.4.1. I etterkant av flyktningkrisen i 2015 og Dublin-forordningens manglende byrdefordeling ble det foreslått en ny versjon, Dublin IV.¹⁰⁶ Denne versjonen er ment å fokusere mer på byrdefordeling og inneholder blant annet en «allocation mechanism» som skal sørge for nettopp dette.¹⁰⁷ Dublin IV har enda ikke blitt vedtatt, og det gjenstår å se om den faktisk vil kunne bidra til en jevnere byrdefordeling i EU.

¹⁰² Dir 2013/32/EU.

¹⁰³ Dir 2013/33/EU.

¹⁰⁴ Reg 604/2013/EU.

¹⁰⁵ Reg 604/2013/EU fortalens avs. 22.

¹⁰⁶ COM(2016) 270 final.

¹⁰⁷ COM(2016) 270 final Chapter VII.

Byrdefordeling har lenge vært et tema i EU-retten og i 2001 ble Temporary Protection Directive¹⁰⁸ vedtatt. Direktivet baserer seg på en rekke tidligere resolusjoner og konklusjoner fra Den europeiske unions råd¹⁰⁹ og handlingsplaner utarbeidet sammen med EU-kommisjonen, hvor byrdefordeling spesielt i massetilstrømningstilfeller har vært et sentralt tema.¹¹⁰ Direktivet er ment å skulle aktiveres i massetilstrømningstilfeller. Det iverksettes etter konklusjon fra Rådet som fastslår at det foreligger en ekstraordinær massefluktsituasjon.¹¹¹ Blant mekanismene for å håndtere en slik situasjon er byrdefordeling mellom medlemslandene. Byrdefordelingen kan ta form som både finansiell støtte og fysisk fordeling av flyktninger.¹¹²

Etter direktivets art. 25 nr. 1 skal medlemsstater motta personer som kvalifiserer til midlertidig beskyttelse «in a spirit of Community solidarity». De skal også indikere kapasiteten de har til å ta imot disse. Dersom massetilstrømning fører til at denne kapasiteten blir sprengt, skal Rådet sette i gang tiltak for å hjelpe medlemsstaten.¹¹³ Det er ikke spesifisert hva disse tiltakene skal gå ut på. Selv om medlemsstatene her forpliktes til å ta imot sin del kan de uten begrunnelse erklære at de ikke har kapasitet til å ta imot noen.¹¹⁴ I tillegg må flyktningen selv være villig til å dra til det aktuelle landet.¹¹⁵ Art. 26 foreskriver en forpliktelse om å samarbeide om overføring av personer som har rett på midlertidig beskyttelse, fra ett medlemsland til et annet. Overføringen skjer etter forespørsel fra et medlemsland, hvor det det andre medlemslandet opplyser om det har kapasitet til å ta imot en slik overføring.

Direktivet inneholder byrdefordelingsmekanismer som kan være effektive i en massetilstrømningssituasjon. Det går også ganske langt i å beskrive den praktiske gjennomføringen av slike fordelinger. Å delta i byrdefordelingen er imidlertid frivillig, og det vil ikke være vanskelig for stater som er uenige i ordningen å ikke delta. Den midlertidige beskyttelsen har kun ett års varighet, med mulighet for forlengelse på inntil ett år. Direktivet har så langt aldri vært iverksatt, til tross for store strømmer av flyktninger som har kommet til Europa, senest i 2015.

På grunn av de store tilstrømningene av flyktninger til Europa i 2015, vedtok EU å iverksette en relokaliseringsplan for å hjelpe Hellas, Italia og Ungarn å håndtere krisene som oppsto i

¹⁰⁸ Dir 2001/55/EC.

¹⁰⁹ Heretter Rådet.

¹¹⁰ Council Resolution 95/C 262/01 (1995), Council Decision 96/198/JHA (1996), Council and Commission Action Plan 1999/C 19/01 (1998).

¹¹¹ Dir 2001/55/EC art. 5.

¹¹² Dir 2001/55/EC preamble avs, 20.

¹¹³ Dir 2001/55/EC art. 25 nr. 3.

¹¹⁴ Kerber (2002) s. 212.

¹¹⁵ Dir 2001/55/EC art. 25 nr. 2.

kjølvannet av massetilstrømming av flyktninger.¹¹⁶ 160 000 asylsøkere skulle relokaliseres i løpet av en tidsperiode på 2 år.¹¹⁷ Til tross for at Ungarn var en av statene som ville dra fordeler av planen, forsøkte de sammen med Slovakia å stoppe planen ved å gå til Court of Justice of the European Union (CJEU) for å få kjent den lovstridig.¹¹⁸ Ungarn hadde ved hjelp av gjerdet de hadde satt opp klart å minske antallet asylsøkere som kom, og ønsket dermed ikke å delta i planen.¹¹⁹ Ungarn og Slovakia tapte på alle punkter, og planen ble opprettholdt. EU har nå klaget Ungarn, Polen og Tsjekkia inn til CJEU fordi de nekter å delta i relokaliseringsplanen, men sakene er enda ikke avgjort.¹²⁰

EUs medlemsland kom nylig til enighet om en avtale som blant annet skal lette byrden for Europas grenseland.¹²¹ Avtalen går ut på at migranter som blir reddet på sin vei over Middelhavet skal tas hånd om av medlemsstatene gjennom “shared effort”.¹²² Dette skal blant annet skje ved å sette opp mottakssentre som skal øke effektiviteten av asylprosedyrer. Deltagelse i samarbeidet er imidlertid frivillig, og i mangel av mer detaljerte retningslinjer er det usikkert hvilken betydning avtalen vil få.

4.2.3.3 *Cartagena-erklæringen*

The Cartagena Declaration er en erklæring som ble inngått i 1984 og som gjelder for Latin-Amerika. Erklæringen kom i kjølvannet av situasjonen i en rekke Sentral-Amerikanske land, hvor store antall mennesker hadde blitt drevet på flukt. Erklæringen ble dannet av en ad hoc-gruppe bestående av representanter og eksperter fra flere stater i Sentral-Amerika, og The Organization of American States (OAS) har senere gitt sin tilslutning til den.¹²³ Erklæringen er ikke juridisk bindende, men har blitt implementert i en rekke nasjonale regelverk i hele Latin-Amerika.¹²⁴

I erklæringens art. I siste avsnitt påpekes det at juridiske og humanitære problemer som har oppstått i tilknytning til flyktninger, kun kan håndteres gjennom «co-ordination and harmonization of universal and regional systems and national efforts». Dette oppfordrer til samarbeid mellom stater for å få løst problemene som kan oppstå ved flyktningstrømmer. Det er imidlertid ikke konkretisert hvordan slik samordning og harmonisering skal foregå.

¹¹⁶ Council Decision 2015/1601 (2015) art. 1.

¹¹⁷ Council Decision 2015/1601 (2015) art. 4 og Council Decision 2015/1523 (2015) art. 4.

¹¹⁸ Joined cases C-643/15 and C-647/15 Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union.

¹¹⁹ Fullerton (2018) s. 409.

¹²⁰ Cases C-715/17, C-718/17, C-719/17 (in progress).

¹²¹ European Council Conclusion 421/18 (2018).

¹²² European Council Conclusion 421/18 (2018) avs. 6.

¹²³ Goodwin-Gill (2007) s. 38.

¹²⁴ Flyktninghjelpen (udatert).

Erklæringen baserer seg på the Contadora Act on Peace and Cooperation in Central America, og i erklæringens art. II gjentas en rekke av forpliktelsene fra det foregående instrumentet. Blant annet at det skal etterspørres hjelp til flyktninger i regionen fra det internasjonale samfunn, jf. bokstav k. Hvilken hjelp som skal etterspørres konkretiseres ikke, og åpner dermed for både finansiell støtte og fysisk fordeling. Det påpekes videre at andre land som kan ta imot Sentral-Amerikanske flyktninger skal identifiseres, jf. bokstav i. Dette er et mer konkretisert tiltak som kan tolkes i retning av at fysisk fordeling av flyktninger til andre land kan bli nødvendig.

Selv om byrdefordeling ikke nevnes spesifikt i erklæringen, oppfordres det til å finne løsninger som implisitt kan bidra til en form for byrdefordeling for regionen. Det fremgår klart at samarbeid mellom de ulike statene er nødvendig, og at det kan være nødvendig å søke støtte også utenfor regionen. At dette er fordi byrden kan bli for stor for mottakslandene i slike situasjoner, anerkjennes imidlertid ikke like klart som i Flyktningkonvensjonen og i andre regioners instrumenter. Prinsippet om byrdefordeling går derfor ikke klart frem av erklæringen, og da erklæringen heller ikke er juridisk bindende, kan det vanskelig utledes en forpliktelse om å delta i byrdefordeling i regionen.

4.2.3.4 *Bangkok Principles*

I Asia finnes det ikke et bindende regionalt regelverk for flyktninger, slik man ser i Europa og Afrika. En rekke land i regionen er heller ikke part i Flyktningkonvensjonen. For disse landene er den eneste overenskomsten om prinsipper for beskyttelse av flyktninger de såkalte Bangkok Principles.¹²⁵ Prinsippene ble vedtatt av The Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) i 1966 og fikk i 1987 et tillegg som gjaldt byrdefordeling.

Bangkok Principles art. X omhandler byrdefordeling i sin helhet. Det anerkjennes at flyktninger er et globalt anliggende og at støtte fra det internasjonale samfunn er nødvendig for en løsning. Det fremgår at solidaritet og byrdefordeling bør angå alle aspekter av flyktningssituasjonen, både i behandling av flyktninger, støtte til asylsøkere og til internasjonale organisasjoner som jobber for beskyttelse av flyktninger. Det påpekes at både finansiell støtte og fysisk fordeling er aktuelle tiltak, og at praktisk gjennomføring av byrdefordeling hjelper stater å overholde sine internasjonale humanitære forpliktelser.

Sammenlignet med de andre regionenes instrumenter, har art. X har en av de mest detaljerte beskrivelsene av hva prinsippet om byrdefordeling innebærer og når det skal iverksettes. Bangkok Principles er imidlertid en ikke-bindende overenskomst som, i motsetning til Cartagena-

¹²⁵ Goodwin-Gill (2007) s. 213.

erklæringen, ikke har blitt implementert i nasjonale regelverk. Dermed har den fått lite innvirkning på staters praksis.¹²⁶

4.2.4 Soft law

Som vist ovenfor er det vanskelig å påvise en klar juridisk forpliktelse om å delta i byrdefordeling i flyktningretten. Ingen av de bindende internasjonale instrumentene vi har, hverken på globalt eller regionalt nivå, kan anses å oppstille en klar nok regel om dette. Prinsippet er likevel nevnt i en rekke soft law-instrumenter. Selv om soft law i utgangspunktet ikke er juridisk bindende vil det ikke nødvendigvis være uten rettslig betydning at prinsippet om byrdefordeling oppstilles i slike instrumenter.

4.2.4.1 Hva er soft law

Det finnes ingen klar definisjon av hva soft law er. Enkelte teoretikere refererer kun til ikke-bindende instrumenter når de snakker om soft law.¹²⁷ De argumenterer for at forpliktelsens plassering som avgjørende. Andre teoretikere hevder at soft law kan omfatte forpliktelser som fremgår av juridisk bindende instrumenter, men som er for vage til å være bindende i seg selv. Dette blir gjerne referert til som «legal soft law».¹²⁸ Her er det altså forpliktelsens innhold som er bestemmende.

Jeg finner det nyttig å bruke begge perspektivene i vurderingen av om man har med en juridisk bindende forpliktelse å gjøre. Ovenfor har jeg drøftet prinsippets innhold i bindende instrumenter. I det følgende vil jeg drøfte betydningen av prinsippets plassering i ikke-bindende instrumenter.

4.2.4.2 Soft law-prinsipper

Selv om man ikke kan anse prinsippet om byrdefordeling som en sedvanerettslig regel, argumenterer Hurwitz for at det kan anses å være et soft law-prinsipp, som dermed kan ha rettslig betydning. Det har med tiden vokst frem en større anerkjennelse av slike soft law-prinsipper innen internasjonal rett.¹²⁹ Hun viser blant annet til Boyle og Chinkins redegjørelse for hvordan allmenne normer og prinsipper i folkeretten oftere finnes i soft law-instrumenter, enn bindende traktater. Disse prinsippene kan være veiledende i tolkningen av allerede eksisterende traktater, og dermed bidra til en utvikling av det bindende regelverket, selv om de ikke kan kvalifisere som folkerettslig sedvane.¹³⁰ I tillegg hevder Hurwitz at byrdefordeling som prinsipp kan skape

¹²⁶ Moretti (2016) s. 4.

¹²⁷ Gruchalla-Wesierski (1984) s. 44.

¹²⁸ Chinkin (1989) s. 851.

¹²⁹ Hurwitz (2009) s. 163.

¹³⁰ Boyle (2007) s. 222 og 224.

en form for standard, forutsigbarhet og forventning som sikrer støtte til de land som tar imot flest flyktninger i tilfeller av massetilstrømming.¹³¹

4.2.4.3 *Generalforsamlingens resolusjoner*

En rekke av generalforsamlingens resolusjoner nevner internasjonalt samarbeid og byrdefordeling som et sentralt prinsipp i flyktingretten.¹³² I FNs Generalforsamlings resolusjon 2625(XXV) om fredelige forbindelser understrekes statenes plikt til å samarbeide med hverandre i tråd med FN-pakten:

“States have the duty to co-operate with one another, irrespective of the differences in their political, economic and social systems, in the various spheres of international relations, in order to maintain international peace and security and to promote international economic stability and progress, the general welfare of nations and international co-operation free from discrimination based on such differences.”¹³³

Ordlyden i resolusjonen er generell og gjelder innenfor alle områder i folkeretten. Det man kan trekke ut av ordet «co-operate» er at statene skal *jobbe sammen*. Hva dette innebærer er vanskelig å si uten en videre konkretisering av innholdet. Resolusjonen er likevel ment å være overordnet og viser til samarbeid «in the various spheres of international relations». Dette kan tilsi at mer konkretiserte forpliktelser til samarbeid kan utarbeides i de forskjellige sfærene av internasjonale relasjoner, for eksempel flyktingretten.

En resolusjon som er mer spesifikt myntet på flyktingretten er The Declaration on Territorial Asylum. I dens art. 2(2) finner man en lignende ordlyd som OAU-konvensjonens art. 2 nr. 4:

“Where a State finds difficulty in granting or continuing to grant asylum, States individually or jointly or through the United Nations shall consider, in a spirit of international solidarity, appropriate measures to lighten the burden on that State.”¹³⁴

I likhet med OAU-konvensjonens art. 2 nr. 4 er formuleringene vage. I tillegg fremgår det at statene «shall consider» å iverksette tiltak som kan lette byrden. Altså pålegges statene å *vurdere* tiltak, noe som er mindre forpliktende enn ordlyden i OAU-konvensjonen, hvor tiltak *skal* iverksettes.

¹³¹ Hurwitz (2009) s. 164.

¹³² Se f.eks. Generalforsamlingsresolusjon 46/106 (1991), 52/103 (1998), 55/74 (2001), 57/187 (2003).

¹³³ Generalforsamlingsresolusjon. 2625(XXV) (1970) annex.

¹³⁴ Generalforsamlingsresolusjon. 2312 (XXII) (1967) art. 2(2).

Et stort steg i retning av mer fokus på byrdefordeling ble gjort ved vedtagelsen av Generalforsamlingens resolusjon The New York Declaration for Refugees and Migrants¹³⁵ (heretter NY Declaration) i 2016. Alle 193 medlemmene av FN godtok denne erklæringen. I erklæringen anerkjennes det at håndteringen av store flyktningstrømmer er et felles internasjonalt ansvar.¹³⁶ Det forpliktet til en mer rettferdig byrdefordeling av flyktningene.¹³⁷ I tillegg skal det tas hensyn til forskjellige staters kapasitet og ressurser til å ta sin del.¹³⁸ Det tas dermed til inntekt for en form for differensiert ansvarsfordeling, hvor antall flyktninger det forventes at man skal ta imot må beregnes ut fra kapasitet og ressurser. Slik situasjonen er i dag har utviklingsland tatt imot en svært stor andel av flyktningene.¹³⁹ Den uforholdsmessige byrden dette påfører utviklingslandene ble også anerkjent i erklæringen.¹⁴⁰ Einarsen hevdet i 2016 at erklæringen, til tross for at den ikke er bindende og av politisk karakter, ikke skal undervurderes som retningsgivende for fremtidens beskyttelse av flyktninger.¹⁴¹ Türk mener erklæringen kan fungere som et grunnleggende utgangspunkt for at store flyktningstrømmer kan møtes på en mer effektiv og forutsigbar måte i fremtiden.¹⁴² McAdam anser statenes nye bekreftelse av allerede eksisterende internasjonale forpliktelser som positivt, da en slik gjentakelse i formelle internasjonale instrumenter kan være med på å forme statspraksis og opinio juris.¹⁴³ Dermed kan internasjonalt samarbeid og byrdefordeling få en mer forpliktende karakter på lang sikt. Hun mener likevel at erklæringen inneholder lite nytt, mangler konkrete tiltak for handling og ansvar og at det dermed var en mislykket mulighet for en «concerted plan of action».¹⁴⁴ I følge Betts gikk den raske utarbeidelsen av erklæringen på bekostning av substansen, ved at statene hovedsakelig ble enige om abstrakte prinsipper.¹⁴⁵ Et gjennomgående trekk i de instrumenter hvor byrdefordeling nevnes.

I NY Declaration Annex I fremlegges et rammeverk som skal bidra til en bedre internasjonal respons i møte med store flyktningstrømmer, kalt Comprehensive Refugee Response Framework (CRRF). Etter vedtagelsen i 2016 ble arbeidet for å vedta en Global Compact on Refugees (GCR), som skal basere seg på CRRF, iverksatt. GCR baserer seg også på arbeidet

¹³⁵ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016).

¹³⁶ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016) avs. 11.

¹³⁷ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016) avs. 68.

¹³⁸ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016) avs. 68.

¹³⁹ UNHCR (2018) (per 19. juni 2018).

¹⁴⁰ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016) avs. 7 og 68.

¹⁴¹ Einarsen (2016) s. 11.

¹⁴² Türk (2016b).

¹⁴³ McAdam (2016).

¹⁴⁴ McAdam (2016).

¹⁴⁵ Betts (2016).

UNHCR, i samarbeid med stater og andre relevante aktører, har utført de to siste årene for å komme frem til en praktisk gjennomføring av CRRF.¹⁴⁶ Tidligere i år kom det endelige utkastet til GCR¹⁴⁷, som forventes å bli vedtatt i slutten av 2018. Utkastet består hovedsakelig av to komponenter: CRRF og «Programme of action». GCR er ment å danne et grunnlag for «predictable and equitable burden- and responsibility-sharing» mellom alle FNs medlemsstater, internasjonale, regionale og lokale organisasjoner, private aktører, flyktninger selv og andre relevante aktører.¹⁴⁸ Dens fire hovedformål er å minske presset på mottaksland, øke flyktningers selvstendighet, utvide tilgangen til tredjelands-løsninger og gi støtte til forhold i opprinnelsesland for å sikre en trygg og verdig retur.¹⁴⁹ Den vil ikke være juridisk bindende, men slik det fremgår av utkastet gir den uttrykk for det internasjonale samfunns politiske vilje til å styrke samarbeid og solidaritet med flyktninger og mottaksland.¹⁵⁰

Vedtagelsen av NY Declaration ble møtt med stor optimisme, da det var et unikt tilfelle av konsensus mellom FNs medlemsstater for å iverksette mer rettferdig internasjonal byrdefordeling av flyktninger. Utviklingen av GCR og det endelige utkastet har imidlertid vært gjenstand for kritikk. Amnesty hevder blant annet at GCR bare opprettholder en tilnærming hvor rike land kan velge om og hvordan de vil bidra til byrdefordeling, noe som dermed ikke løser problemet med opphopningen av flyktninger i fattige land. Selv om den inneholder mange gode forslag til løsninger, stilles det spørsmål ved den politiske viljen til å få gjennomført disse løsningene.¹⁵¹ Videre går kritikken i hovedsak på mye av det samme NY Declaration ble kritisert for, nemlig at GCR ikke inneholder noe nytt og mangler konkrete nok tiltak for å effektivisere byrdefordeling.¹⁵²

Et av tiltakene som kan bidra til å legge press på den politiske viljen, er forslaget om Global Refugee Forum som skal holdes hvert fjerde år.¹⁵³ Forumet skal brukes til å kunngjøre bidrag og forpliktelser knyttet til formålene i GCR og til å se på hvordan byrdefordeling kan forbedres. En slik oppfølging kan bidra til utviklingen av mer konkrete og situasjonstilpassede tiltak som kan være vanskelig å få nedfelt i selve GCR. GCR er altså i seg selv et soft law-instrument, men med mulighet for utvikling av ad hoc-ordninger innenfor dens rammer.

¹⁴⁶ Generalforsamlingsresolusjon 71/1 (2016) annex I avs. 18 og 19.

¹⁴⁷ UNHCR Final Draft (2018).

¹⁴⁸ UNHCR Final Draft (2018) del I avs. 3.

¹⁴⁹ UNHCR Final Draft (2018) del I avs. 7.

¹⁵⁰ UNHCR Final Draft (2018) del I avs. 4.

¹⁵¹ Amnesty International (2018).

¹⁵² Lieberman (2018).

¹⁵³ UNHCR Final draft (2018) del II avs. 17.

Generalforsamlingens resolusjoner er ikke bindende og fungerer kun som anbefalinger til FNs medlemsland.¹⁵⁴ Likevel ser man at Generalforsamlingens resolusjon 2625(XXV) ble tillagt betydelig vekt av International Court of Justice (ICJ) i Nicaragua-saken ved vurderingen av om forbudet mot makt og intervensjon var brutt.¹⁵⁵ Dette viser at Generalforsamlingens resolusjoner kan ha rettslig betydning og de vil ofte være opptakten til nye konvensjoner.¹⁵⁶ Nye konvensjoner må imidlertid ratifiseres for å bli bindende for statene, og vi er dermed tilbake til utgangspunktet om at en stat ikke kan forpliktes uten samtykke. Resolusjonens påpekning om statenes plikt til å samarbeide står dermed som en overordnet anbefaling, som også er lite konkretisert og dermed ikke tilfører så mye mer enn en påminnelse om viktigheten av byrdefordeling og internasjonalt samarbeid i de ulike deler av folkeretten.

Generalforsamlingens resolusjoner kan imidlertid være et godt uttrykk for staters oppfatning, både om forpliktelsers innhold og bindende karakter, da de gjennomføres etter avstemning fra alle medlemslandene i FN.¹⁵⁷ En slik oppfatning (*opinio juris*) sammen med konsekvent statspraksis kan til slutt danne grunnlaget for en sedvanerettslig regel.¹⁵⁸

4.2.4.4 Eksekutivkomiteens konklusjoner

Byrdefordeling har blitt hyppig nevnt i UNHCRs Eksekutivkomité's konklusjoner. Blant annet belyste komiteen i 1981 at massetilstrømming kan pålegge enkelte stater en urettmessig byrde og at:

«States shall, within the framework of international solidarity and burden-sharing, take all necessary measures to assist, at their request, States which have admitted asylum seekers in large-scale influx situations».¹⁵⁹

Her fremstilles tiltak innenfor byrdefordeling som en plikt for statene, jf. «shall». Videre utdypes det at hvilke tiltak som skal iverksette må tilpasses situasjonen, og at både finansiell og teknisk støtte, samt fysisk fordeling, er aktuelle tiltak.

¹⁵⁴ FN-Pakten art. 10 (og art. 14).

¹⁵⁵ Nicaragua v. United States avs. 188.

¹⁵⁶ Ruud (2011) s. 210.

¹⁵⁷ Türk (2016a) s. 659 note 10.

¹⁵⁸ ICJ-statuttene art. 38 (1) bokstav a-c.

¹⁵⁹ UNHCR ExCom Conclusion No. 22 (XXXII) 1981 art. IV nr. 1.

I senere konklusjoner blir viktigheten av byrdefordeling gjentatt, og fokuset rettes mot asylland som tar imot store antall flyktninger, spesielt utviklingsland.¹⁶⁰ Disse landenes behov for assistanse og byrdefordeling som et underliggende prinsipp for å få i stand varige løsninger, er hyppig nevnt.

I 1998 var byrdefordeling årlig tema for Eksekutivkomiteens 49th Session¹⁶¹, og UNHCR ble forespurt om å legge frem et dokument som ga grunnlag for diskusjon rundt temaet. Dokumentet som ble fremlagt gjennomgikk blant annet prinsippets rettslige grunnlag. Fordi prinsippet ble fremhevet i en rekke politiske og juridiske instrumenter, viste det at engasjementet rundt internasjonalt samarbeid var tilstede. Likevel var behovet for å identifisere praktiske løsninger for slikt samarbeid fortsatt stort.¹⁶² Hvorvidt prinsippet var av juridisk bindende karakter ble det ikke konkludert med. Til tross for fokuset på byrdefordeling og den grundige gjennomgangen av prinsippet, endte Eksekutivkomiteens konklusjon opp med mye av det samme innholdet som konklusjonene i foregående år. Nemlig at beskyttelse av flyktninger best kunne sikres gjennom byrdefordeling. Det ble understreket at hjelp til utviklingsland som tok imot mange var spesielt viktig, og at byrdefordeling ikke måtte anses å være en forutsetning for at internasjonale forpliktelser skulle oppfylles.¹⁶³ Dette kan tyde på det er vanskelig for statene å komme frem til en enighet om mer konkrete og detaljerte retningslinjer og tiltak angående byrdefordeling.

I senere tid har imidlertid noen av Eksekutivkomiteens konklusjoner vært av mer detaljert karakter når det kommer til byrdefordeling, med fokus på massetilstrømningstilfeller. I 2004 kom en konklusjon hvor det særlig ble lagt vekt på samarbeid mellom alle stater med UNHCR og andre organisasjoner for en rask respons ved massetilstrømning for å hjelpe mottaksland.¹⁶⁴ Både finansiell støtte og ordninger for omlokalisering ble fremhevet, samt en styrking av asylprosedyrer for å sikre varig beskyttelse. Mye av det samme ble gjentatt i konklusjonen som kom i 2016, der stater ble oppfordret til å øke innsatsen for en implementering av blant annet prinsippet om byrdefordeling.¹⁶⁵

¹⁶⁰ UNHCR ExCom Conclusion No. 52 (XXXIX) 1988, No. 61 (XLI) 1990, No. 62 (XLI) 1990, No. 67 (XLII) 1991, No. 68 (XLIII) 1992, No. 71 (XLIV) 1993, No. 74 (XLV) 1994, No. 77 (XLVI) 1995, No. 79 (XLVII) 1996, No. 80 (XLVII) 1996, No. 104 (LVI) 2005, No. 105 (LVII) 2006, No. 107 (LVIII) 2007, No. 109 (LX) 2009, No. 111 (LXIV) 2013.

¹⁶¹ UNHCR. A/AC.96/904 (1998).

¹⁶² UNHCR A/AC.96/904 (1998) Art. II nr. 6.

¹⁶³ UNHCR ExCom Conclusion No. 85 (XLIX) 1998 bokstav d, o og p.

¹⁶⁴ UNHCR ExCom Conclusion No. 100 (LV) 2004.

¹⁶⁵ UNHCR ExCom Conclusion No. 112 (LXVII) 2016.

Komiteens konklusjoner er i utgangspunktet ikke bindende, men kan likevel få betydning som rettskilde. Dette ser man eksempler på i CJEU's praksis, hvor de flere ganger har lagt vekt på uttalelser fra organisasjoner underlagt traktater som EUs medlemsland er bundet av.¹⁶⁶ En sak gjaldt tolkningen av «Convention on a Common Transit Procedure». Under denne konvensjonen var det etablert en Joint Committee som skulle administrere og se til at den ble gjennomført på riktig måte.¹⁶⁷ CJEU understreket at selv om de ikke var bindende kunne domstolen legge vekt på komiteens uttalelser, særlig fordi de var relevante når det gjaldt tolkningen av konvensjonen.¹⁶⁸ Til tross for at slike uttalelser er ansett å være soft law, brukes de altså som rettskilder for å fastslå medlemslandenes forpliktelser. Dette taler for at UNHCRs eksekutivkomité's konklusjoner, som er underlagt Flyktningkonvensjonen, kan bli tillagt rettskildemessig vekt til tross for at de ikke er bindende.

Eksekutivkomiteens konklusjoner kan være et godt uttrykk for staters oppfatning, da de består av uttalelser gitt av statene som er medlem i komiteen. I likhet med generalforsamlingens resolusjoner kan oppfatningene (opinio juris) som fremgår av konklusjonene, sammen med statspraksis, danne grunnlaget for sedvanerettslige regler. Etter en gjennomgang av en rekke av eksekutivkomiteens konklusjoner hevder Noll at de ikke gir uttrykk for en entydig oppfatning om en juridisk eller moralsk forpliktelse om byrdefordeling. Dersom det skulle eksistere en slik oppfatning blant statene, ville imidlertid Eksekutivkomiteens konklusjoner være en optimal plattform for å uttrykke en slik opinio juris.¹⁶⁹

4.3 Byrdefordelingsordninger

I dette delkapittelet skal jeg gå inn på noen eksempler på byrdefordelingsordninger. Ordningen med overføringsflyktninger er av permanent karakter, mens de andre eksemplene er ad hoc-ordninger. Felles for disse ordningene er at det er frivillig for stater å delta, og de kan derfor ikke være eksempler på at byrdefordeling er en juridisk forpliktelse. De kan likevel vise hvordan byrdefordeling kan fungere i praksis.

4.3.1 Overføringsflyktninger

Ordningen med overføringsflyktninger¹⁷⁰ har tradisjonelt blitt sett på som én av tre varige løsninger på flyktningkriser, sammen med frivillig repatriering og lokal integrering. UNHCR definerer ordningen som en prosess hvor flyktninger velges ut og sendes fra et land de har søkt

¹⁶⁶ Vevstad (2007) s. 285.

¹⁶⁷ Case C-188/91 Deutsche Shell AG v Hauptzollamt Hamburg-Harburg avs. 6.

¹⁶⁸ Case C-188/91 Deutsche Shell AG v Hauptzollamt Hamburg-Harburg avs. 18.

¹⁶⁹ Noll (2000) s. 283-284.

¹⁷⁰ Også kalt kvoteflyktninger.

beskyttelse i, til et tredjeland som har godtatt å gi dem beskyttelse.¹⁷¹ Dette skjer ofte fordi de ikke kan sendes lovlig tilbake til sitt opprinnelsesland og heller ikke kan få tilstrekkelig beskyttelse i det landet de først kom til. Ordningen administreres av UNHCR, hvor de registrerer flyktningene og fremmer søknader til land som vil ta dem imot og gi dem permanent opphold.¹⁷²

Ordningen med overføringsflyktninger er en mekanisme som lar stater bidra til å fordele ansvaret for å gi flyktninger beskyttelse, og dermed lette på de problemene som noen mottaksland kan ha.¹⁷³ Det er følgelig en byrdefordelingsmekanisme, men det er frivillig for stater å ta imot de flyktningene som UNHCR søker om å overføre. Det kan tenkes at en slik frivillig ordning ikke er særlig effektiv, da det ikke får konsekvenser for de statene som velger å ikke bidra. Enkelte hevder imidlertid at ikke-bindende ordninger kan være vel så effektive.¹⁷⁴ Stater kan være svært forbeholdne med å forplikte seg til forhåndsbestemte kriterier for byrdefordeling¹⁷⁵, mens terskelen for å delta i mer ad hoc-baserte, frivillige ordninger, kan være lavere.¹⁷⁶ Det er lettere å si ja til å ta imot overføringsflyktninger i ett enkelttilfelle, enn å binde seg til å gjøre det i lang tid fremover. Totalt sett kan dette føre til at flere bidrar, da alternativet kan være at absolutt ingen ønsker å binde seg.

Kritzman-Amir og Berman mener kvoteordninger er positive, men fordi de tar en så liten andel blir det mer som en handling av «symbolic generosity». Dette kan neppe sies å lette byrden for de statene som ikke er i stand til å gi tilstrekkelig beskyttelse.¹⁷⁷ I 2017 ble 103 000 mennesker valgt ut som kvoteflyktninger, en nedgang fra 189 000 året før.¹⁷⁸

4.3.2 Ad hoc-ordninger

På ad hoc basis har det blitt iverksatt flere overføringsordninger hvor byrdefordeling har vært formålet. Ordningene har basert seg på fordeling i form av finansiell støtte og fysisk fordeling av flyktninger.

I 1981 og 1984 ble International Conferences on Assistance to Refugees in Africa (ICARA I og II) avholdt, hvor Afrikanske stater forsøkte å få finansiell støtte av det internasjonale

¹⁷¹ UNHCR (2011b) s. 3.

¹⁷² UNHCR (2011b) s. 3.

¹⁷³ UNHCR (2011b) s. 3.

¹⁷⁴ Einarsen (2016) s. 22.

¹⁷⁵ Ineli-Ciger (2018).

¹⁷⁶ Ineli-Ciger (2015) s. 95.

¹⁷⁷ Kritzman-Amir (2010) s. 634.

¹⁷⁸ Cristophersen (2018).

samfunnet til å ta seg av det store antallet flyktninger som befant seg i regionen på 70-tallet.¹⁷⁹ ICARA I var hovedsakelig en kriseløsning, mens ICARA II bygde på den foregående og var ment som en mer varig løsning. I tillegg satte ICARA II fokus på at det ikke var nok å anerkjenne flyktingenes behov, men også mottakslandene, som i afrikansk kontekst tok en stor del av byrden som til tider ble overveldende.¹⁸⁰

Etter tiår med borgerkriger i Latin-Amerika og etterfølgende fredsavtaler, ble det i 1987 startet en prosess som var ment å skulle bidra til varige løsninger for fordrevne i regionen. Prosessen ble kalt CIREFCA som er den spanske forkortelsen for «International Conference on Central American Refugees». Prosessen førte med seg handlingsplaner som blant annet baserte seg på finansiell støtte, hovedsakelig fra Europeiske land.¹⁸¹ CIREFCA ble avsluttet i 1994.

I 1989 ble Comprehensive plan of action (CPA) dannet for å finne en løsning for å hjelpe de Vietnamesiske båtflyktingene og landene de først ankom, herunder Malaysia, Indonesia, Hong Kong, Filippinene og Thailand. Antallet båtflyktinger ble etterhvert så stort at mottakslandene ikke maktet å ta imot alle, noe som resulterte i at mange ble «pushed back» på havet.¹⁸² CPA ble utfallet av en avtale mellom første asylland, omlokiserings-land og opprinnelsesland (Vietnam) med hjelp av UNHCR.¹⁸³ Et av hovedformålene med CPA var at tredjeland, som hovedsakelig var vestlige land, skulle lette byrden for første asylland ved å ta imot flyktninger til resettlement.¹⁸⁴ CPA varte til 1996.

I 1999 opplevde Albania og Makedonia massetilstrømninger av flyktninger fra konflikten mellom Serbere og kosovoalbanere i det tidligere Jugoslavia. Makedonia reagerte med å nærmest stenge grensene, noe som førte til en opphopning av flyktninger under svært dårlige forhold i det såkalte Blace field mellom tidligere Jugoslavia og Makedonia.¹⁸⁵ Situasjonen tiltrakk seg internasjonal oppmerksomhet og førte til at Humanitarian Evacuation Program (HEP) og Humanitarian Transfer Program (HTP) ble opprettet. Bare i løpet av få dager ble flyktingene i Blace field plassert i leire bygd av NATO, med konkrete planer om omlokisering til land som

¹⁷⁹ Betts (2011) s. 65.

¹⁸⁰ Gorman (1986) s. 284-285.

¹⁸¹ Betts (2011) s. 67.

¹⁸² Bronnee (1993) s. 535.

¹⁸³ Bronnee (1993) s. 542.

¹⁸⁴ Bronnee (1993) s. 542.

¹⁸⁵ Barutciski (2001) s. 98.

USA, Norge, Tyrkia med flere.¹⁸⁶ Byrdefordelingsordningene har i ettertid blitt ansett som ekstremt effektive ad hoc-ordninger.¹⁸⁷

I 2004, ved markeringen av 20-årsjubileumet til Cartagena-erklæringen, ble Mexican Plan of Action (MPA) vedtatt. Formålet med MPA var å styrke den internasjonale beskyttelsen av flyktninger i Latin-Amerika, og ble vedtatt som følge av det økende antallet flyktninger i regionen, spesielt fra Colombia. MPA inneholder en rekke forslag til varige løsninger, og baserer seg på omlokalisering av flyktninger mellom Latin-Amerikanske stater, innenfor rammen av «solidarity and responsibility-sharing».¹⁸⁸

Felles for de ulike ordningene er at de alle anerkjenner internasjonalt samarbeid og byrdefordeling som en nødvendighet for å finne løsninger på problemer som oppstår ved flyktningstrømmer. Alle handlingsplanene har også oppstått i kjølvannet av at mottaksland alene ikke har klart å håndtere flyktningstrømmene som har kommet. Dermed er handlingsplanene spesielt tilpasset de aktuelle situasjonene, noe som kan gi begrenset overføringsverdi til andre situasjoner. For eksempel viser Kritzman-Amir til at CPA hadde klare regler om ansvarsfordeling mellom første asylland og land flyktningene ble omlokalisert til. Dette fungerte godt på ad hoc-basis, men som en modell for senere CPAer manglet den regler om fordeling av ansvar mellom de sistnevnte statene.¹⁸⁹ Videre har suksessen til de ulike ordningene vært bestemt av presset det internasjonale samfunnet har følt, samt statenes egeninteresse i å delta i ordningene. For eksempel har flere teoretikere hevdet at grunnen til at så mange land var villige til å bidra til byrdefordeling under Kosovo-krisen, var ansvaret de følte ved å ha vært involvert i krigen gjennom NATO.¹⁹⁰ ICARA hadde sannsynligvis fått større bidrag dersom det på den tiden hadde vært en sammenheng mellom beskyttelse av flyktninger i regionen og bidragsytende staters sikkerhets-, handels- eller innvandringsinteresser.¹⁹¹ CIREFCA fikk i motsetning større bidrag på grunn av de bidragsytende Europeiske statenes tro på sammenhengen mellom beskyttelse av flyktninger i Latin-Amerika og handelsinteresser.¹⁹² Det kan se ut til at staters valg om å delta i byrdefordeling hovedsakelig er motivert av egeninteresser eller andre motivasjonsfaktorer, som er vanskelig å fremprovosere gjennom forhåndsbestemte ordninger.¹⁹³

¹⁸⁶ Barutciski (2001) s. 99.

¹⁸⁷ Einarsen (2016) s. 17.

¹⁸⁸ MPA (2004) kap. 3 avs. 2.

¹⁸⁹ Kritzman-Amir (2010) s. 636.

¹⁹⁰ Ineli-Ciger (2015) s. 81.

¹⁹¹ Betts (2011) s. 64-65.

¹⁹² Betts (2011) s. 65.

¹⁹³ Ineli-Ciger (2015) s. 95.

Til tross for at ordningene har vært frivillige og ad hoc-baserte, har de til en viss grad vist at byrdefordeling kan fungere i praksis. De har også gitt grunnlag for å vurdere hvilke faktorer som motiverer stater til å bidra til byrdefordeling, og kan på denne måten være nyttige for senere utvikling av byrdefordelingsordninger, som for eksempel den kommende Global Compact on Refugees.

4.4 Konklusjon

Etter en gjennomgang av tilgjengelige rettskilder kan det vanskelig sies å foreligge en juridisk forpliktelse om byrdefordeling i flyktningretten. Både i overordnede internasjonale instrumenter, Flyktningkonvensjonen og regionale instrumenter, er prinsippet vagt og dermed vanskelig å bestemme innholdet av. I noen av instrumentene tilsier dets plassering i tillegg at det ikke var ment å være av bindende karakter, som for eksempel i Flyktningkonvensjonens fortale. Selv om det i noen soft law-instrumenter er av en mer detaljert og konkret karakter, svekkes betydningen av dette da instrumentene i seg selv ikke er bindende. Byrdefordeling som prinsipp kan likevel ikke sies å være uten betydning, da dets hyppige forekomst, spesielt i resolusjoner og konklusjoner fra FNs Generalforsamling og UNHCRs Eksekutivkomité, vitner om enighet mellom stater om prinsippets sentrale rolle for en løsning av flyktningkriser. Foreløpig har stater kun ønsket å forplikte seg til byrdefordeling på ad hoc-basis, med varierende utfall.

6 EMK art. 3 – en byrdefordelingsmekanisme?

6.1 Innledning

Som ovenfor drøftet, er det vanskelig å finne en klar juridisk forpliktelse for stater til å delta i byrdefordeling i flyktingretten. I dette kapittelet blir det drøftet hvorvidt andre mekanismer i folkeretten, som statene er juridisk bundet av, kan sies å sikre eller fremtvinge en form for byrdefordeling. Jeg vil spesielt se om dette er tilfellet for non-refoulement, forankret i EMK art. 3, gjennom eksempler fra EMDs praksis. Før jeg går inn på art. 3, vil jeg se nærmere på prinsippet om non-refoulement i Flyktingkonvensjonen, da dette er utgangspunktet for vernet mot utsendelse i flyktingretten.

6.2 Non-refoulement i Flyktingkonvensjonen

Prinsippet om non-refoulement er ansett å være folkerettslig sedvanerett, i tillegg til at det kan utledes fra flere globale og regionale instrumenter. UNHCR har til og med gått så langt som å hevde at prinsippet utgjør jus cogens, altså en tvingende norm.¹⁹⁴

Prinsippet kan utledes av Flyktingkonvensjonens art. 33 nr. 1. Etter denne bestemmelsen kan ingen stat returnere («refouler») en flykting til et sted der denne personens «life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion». Vernet mot utsendelse gjelder for de som anerkjennes som flyktninger etter Flyktingkonvensjonen art. 1A, jf. ordet «refugee». Også asylsøkere omfattes, da utelukkelse av denne gruppen ville ført til en uthuling av prinsippet.¹⁹⁵ Det er altså ikke slik at prinsippet bare beskytter de som formelt er anerkjent som flyktninger, men også de som tilsynelatende har et krav om å bli anerkjent.¹⁹⁶ Vernet gjelder både for flyktninger som har reist lovlig og ulovlig inn i landet, da det etter art. 31(1) ikke er tillatt å straffe flyktninger som har reist ulovlig inn i landet, så lenge de uten opphold melder seg til myndighetene og viser til «good cause» for den ulovlige innreisen.

Selv om non-refoulement ikke gir en rett til adgang til et annet lands territorium eller til asyl, kan ikke en stat velge å sende en flykting tilbake til et land der vedkommende risikerer forfølgelse. Dersom dette er tilfellet, må staten flyktingen oppholder seg i gi flyktingen opphold, i alle fall midlertidig opphold som et minimum.¹⁹⁷ Den praktiske konsekvensen blir dermed at

¹⁹⁴ UNHCR A/40/12 (1985) avs. 22-23.

¹⁹⁵ Goodwin-Gill (2011) s. 232.

¹⁹⁶ UNHCR ExCom conclusion no. 6 (XXVIII) (1977) bokstav c og Generalforsamlingsresolusjon 52/103 (1997) avs. 5.

¹⁹⁷ Milner (2016) s. 2

flyktningen får opphold, men likevel går glipp av noen av de rettighetene de som får innvilget asyl har.

Det kan gjøres unntak fra vernet mot retur i art. 33, dersom det er «reasonable grounds» for å tro at flyktningen er til fare for nasjonal sikkerhet.¹⁹⁸ Altså er derogasjon i visse tilfeller tillatt. De som omfattes av unntaket i art. 33(2) mister ikke sin flyktningstatus, da det ikke er snakk om en eksklusjonshjemmel¹⁹⁹, men en adgang til refoulement i visse tilfeller.²⁰⁰

Vernet mot retur gjelder til hvilket som helst land hvor flyktningen kan risikere forfølgelse, jf. ordlyden «where his life or freedom would be threatened». Det er dermed ikke bare et vern mot retur til flyktningens opprinnelsesland. Dette fremgår av forarbeidene til Flyktningkonvensjonen.²⁰¹ Det er også bred enighet om at vernet mot utsendelse også gjelder til land der flyktninger, selv om de ikke er i direkte risiko for forfølgelse i dette landet, risikerer vilkårlig utsendelse til et annet land hvor en slik risiko er tilstede, såkalt kjede-refoulement.²⁰²

I Mars 2016 inngikk EU avtale med Tyrkia om at de skulle ta tilbake migranter som på ulovlig vis hadde reist fra sitt opprinnelsesland via Tyrkia til Hellas.²⁰³ Til gjengjeld skulle EU gi Tyrkia finansiell støtte, samt at Hellas skulle gjenbosette en Syrer for hver Syrer Tyrkia tok tilbake. Selv om ordet irregulære *migranter* brukes, kan dette også omfatte de som har krav på flyktningstatus. Tyrkia ble da ansett som et «safe third country», til tross for at de er et av de landene i verden som har tatt imot flest flyktninger. Det har i tillegg vist seg å være store mangler ved asylprosedyrene i Tyrkia, hvor mange risikerer å bli vilkårlig sent tilbake til sine opprinnelsesland, som for eksempel Syria.²⁰⁴ Avtalen har derfor blitt stert kritisert²⁰⁵ og det kan stilles spørsmål ved om den er i strid med vernet mot kjede-refoulement.

Goodwin-Gill og McAdam stiller spørsmålet om prinsippet om non-refoulement har blitt overflødig i folkeretten. De påpeker at en person som risikerer forfølgelse i det minste også risikerer umenneskelig eller nedverdiggende behandling, om ikke tortur.²⁰⁶ Når det menneskerettslige

¹⁹⁸ Flyktningkonvensjonen art. 33 (2).

¹⁹⁹ Sml. Flyktningkonvensjonen art. 1F.

²⁰⁰ Goodwin-Gill (2011) s. 244.

²⁰¹ UNHCR Note on the principle of non-refoulement (1997) del B.

²⁰² Goodwin-Gill (2011) s. 252 med videre henvisninger.

²⁰³ EU-Turkey Statement (2016).

²⁰⁴ Carrié (2018).

²⁰⁵ Ulusoy (2017) s. 10.

²⁰⁶ Goodwin-Gill (2011) s. 243.

vernet ikke tillater derogasjon, men er en absolutt regel, strekker det seg dermed lenger enn prinsippet om non-refoulement i Flyktningkonvensjonen.

6.3 Non-refoulement i menneskerettslige konvensjoner

Menneskerettslige regler verner også mot utsendelse i flyktningretten. Dette kalles gjerne «complementary protection», da det er snakk om forpliktelser som fremgår av internasjonale instrumenter og som supplerer Flyktningkonvensjonen.²⁰⁷ Torturkonvensjonen (TK) art. 3 verner mot retur eller utlevering dersom det er fare for tortur. Konvensjonen har ingen overordnet domstol, men dens gjennomføring overvåkes av FNs Torturkomité, som kan komme med uttalelser og rapporter angående dette.

I TK art. 3 er det eksplisitt beskrevet at vernet mot tortur også gjelder utvisning, utsendelse eller utlevering til en stat hvor det er fare for at personen kan bli utsatt for det. I motsetning til non-refoulement etter Flyktningkonvensjonen, er vernet etter TK absolutt, og derogasjon fra bestemmelsen av hensyn som nasjonal sikkerhet er ikke mulig.²⁰⁸ Bestemmelsen oppstiller dermed et absolutt vern mot refoulement. Dette gjelder ikke bare for utsendelse til flyktingens opprinnelsesland, men hvilken som helst stat vedkommende vurderes sendt tilbake til, jf. «other state».

Den Europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 3 og den Internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 7, verner generelt mot at mennesker skal bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. SP art. 7 inkluderer også grusom behandling. I disse konvensjonene er det ikke tillatt med derogasjon, og vernet er dermed absolutt, i likhet med vernet etter art. 3 i TK. Ordlyden i de to bestemmelsene tilsier at vernet er noe videre enn i TK art. 3, da bestemmelsen kun nevner «tortur», og er begrenset til de handlinger som inngår i definisjonen av tortur i TK art. 1 nr. 1.

Implementeringen av SP overvåkes av FNs Menneskerettighetskomité. EMK håndheves av EMD som kan avsi rettslig bindende avgjørelser. Individuer har klageadgang til domstolen, dersom de anser sine rettigheter etter konvensjonen brutt. Domstolen har dermed en viktig funksjon når det kommer til gjennomføring av konvensjonen. Mangel på en effektiv mulighet til å gjøre krav på rettigheter kan føre til at juridiske regler heller tar form som moralske krav, som lett kan ignoreres etter staters eget velbefinnende.²⁰⁹ Dette gir avgjørelsene en større tyngde enn uttalelser fra komiteer, slik som Torturkomiteen og Menneskerettighetskomiteen, har.

²⁰⁷ Goodwin-Gill (2011) s. 285.

²⁰⁸ FNs Torturkomité (2017) avs. 9.

²⁰⁹ Einarsen (1990) s. 362.

EMK art. 3 og SP art. 7 verner ikke eksplisitt mot utsendelse. Likevel anerkjente European Commission of Human Rights allerede i 1961 at art. 3 vernet mot refoulement.²¹⁰ EMD har senere fulgt opp denne oppfatningen, ved å slå fast at et vern mot både utlevering²¹¹ utsendelse²¹² må innfortolkes i bestemmelsen. Art. 3 verner dermed mot alle former for utsendelse til tortur, umenneskelig eller uverdigg behandling.²¹³ FNs Menneskerettighetskomité har slått fast at dette også gjelder for SP art. 7.²¹⁴

Videre har EMD uttalt at hver stat som utgangspunkt har rett til å kontrollere hvem som oppholder seg på dets territorium. Dersom det er vist betydelig grunn til å tro («substantial grounds ... for believing») at det er en reell fare («real risk») for at utlendingen utsettes for tortur eller annen nedverdiggende eller umenneskelig behandling ved utsendelse, kan de likevel måtte la personen bli i landet.²¹⁵ Einarsen argumenterer for at det derfor kan innfortolkes en implisitt rett til de facto asyl etter EMK.²¹⁶

Forbudet mot utsendelse som strider mot torturforbudet gjelder for utsendelse til ethvert land.²¹⁷ Ved utsendelse av asylsøkere er det altså ikke bare utsendelse til opprinnelseslandet som skal vurderes om strider mot torturforbudet, men utsendelse til ethvert annet land. Mange av sakene hvor EMD har kommet til at art. 3 har hindret utsendelse av asylsøkere, gjelder utsendelse til deres opprinnelsesland. Noen saker har imidlertid omhandlet asylsøkere som skal sendes tilbake til det landet de først ankom eller søkte asyl i, men hvor forholdene der har gjort at de ikke kan sendes tilbake uten at det strider mot art. 3. Disse sakene har rettet seg mot landet som har vært ansvarlig for utsendelsen, og det er i disse sakene jeg skal vurdere hvorvidt art. 3 har fungert som en form for tvungen byrdefordelingsmekanisme. Jeg vil i det følgende se på tre saker fra EMDs praksis.

²¹⁰ Alleweldt (1993) s. 361 note 5 med henvisning til X v. Belgium (1961) No. 984/61 og X v. Federal Republic of Germany (1963) no. 1802/62.

²¹¹ Soering v. Storbritannia avs. 88.

²¹² Cruz Varas and others v. Sverige avs. 70, Vilvarajah and others v. United Kingdom avs. 103.

²¹³ Øyen (2018) s. 326.

²¹⁴ Se bla. Dawood Khan v. Canada avs. 5.4.

²¹⁵ F.G. v. Sverige avs. 111, Saadi v. Italia avs. 124 og 125.

²¹⁶ Einarsen (1990) s. 382.

²¹⁷ Øyen (2018) s. 326.

6.4 EMDs praksis

6.4.1 Dublin-forordningen

I to av dommene som skal gjennomgås er Dublin-forordningen en sentral komponent. Jeg finner det derfor nyttig å gå noe inn på denne.

Dublin-forordningen²¹⁸ er sentral når det kommer til fordeling av flyktninger innad i EU, og er en sentral del av CEAS. Forordningen omfatter «kriterier og ordninger for å avgjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en søknad om internasjonal beskyttelse», jf. Forordningens tittel. Slik Europa Parlamentet uttaler det i sin resolusjon av 2016, er ansvarsfordelingen, samt det å sørge for rask tilgang til internasjonal beskyttelse, dens to hovedformål.
219

Hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandling av søknaden bestemmes av objektive kriterier. Kriteriene som skal vurderes er om asylsøkeren har familiemedlemmer som har søkt eller fått beskyttelse i et annet medlemsland²²⁰, eller hvorvidt asylsøkeren har fått utstedt oppholdsdokumenter eller visum i et annet land²²¹. Det medlemslandet som enten huser familiemedlemmene eller som har utstedt oppholdstillatelse blir dermed ansvarlig for asylsøknaden. Er ikke dette tilfellet, blir det første medlemslandet asylsøkeren ulovlig reiste inn i ansvarlig.²²² Dersom ingen av kriteriene kan benyttes, blir det landet hvor asylsøkeren først søkte om asyl ansvarlig.²²³

Et slikt prinsipp har lenge vært praktisert både i og utenfor Europa, og refereres til som «first country of asylum» eller «first country of arrival». Prinsippet er hovedsakelig et utspring av nasjonal lovgivning og bilaterale avtaler, mer enn et etablert og anerkjent prinsipp i folkeretten.²²⁴ Noen utleder det også fra Flyktningkonvensjonens art 31, som pålegger stater å ikke straffe de som ulovlig reiser inn i landet dersom de kommer «directly» fra et land de risikerer forfølgelse. Dette tolkes som at de som på veien har vært innom et trygt land hvor de kunne søkt asyl, skal kunne sendes tilbake til dette landet. Dette er også ansett som et utspring av «safe hird country»-regelen.²²⁵

²¹⁸ Reg 604/2013/EU.

²¹⁹ Europaparlamentets resolusjon A8-0066/2016 (2016) punkt 34.

²²⁰ Reg 604/2013/EU art. 8, art. 9 og art. 10.

²²¹ Reg 604/2013/EU art. 12.

²²² Reg 604/2013/EU art. 13.

²²³ Reg 604/2013/EU art. 3 nr. 2.

²²⁴ Kjærum (1992) s. 515, Vevstad (1998) s. 231.

²²⁵ Hathaway (2005) s. 295.

Dublin-forordningens ansvarsfordeling var ikke ment å fungere som en byrdefordelingsmekanisme, noe den heller ikke har fungert som.²²⁶ Europaparlamentet viser til at korrekt implementering av forordningen faktisk kan føre til en ujevn fordeling av ansvaret, og at dette kan gå utover de statene som ligger nærmest mye brukte fluktruter.²²⁷ Dette ser man også har vært tilfellet, da mer enn 90 % av asylsøkerne som blir sendt mellom EU-stater i tråd med forordningen faller inn under kriteriet hvor første ankomstland blir ansvarlig.²²⁸ Dette forsterker presset på grensestatene som allerede tar imot store andeler. Hellas og Italia er eksempler på slike grenseland, noe jeg vil komme tilbake til under gjennomgangen av dommene fra EMD.

I Dublin III-forordningens fortale nevnes det eksplisitt at Flyktningkonvensjonen skal overholdes, og at særlig vernet mot refoulement skal respekteres ved anvendelse av Dublin-retur.²²⁹ Dette er i tråd med Wien-konvensjonens lojalitetsprinsipp, som tilsier at man ikke kan avtale seg bort fra en konvensjonsforpliktelse.²³⁰ Det betyr i utgangspunktet at man ikke kan foreta en Dublin-retur dersom det vil være i strid med prinsippet om non-refoulement. Stadfestelsen i fortalen har tidligere blitt tolket som en presumsjon om at alle land som er bundet av Dublin-forordningen overholder sine forpliktelser, hvilket har ført til nærmest automatiserte returer.²³¹ Det har altså vært utvist stor gjensidig tillit mellom medlemslandene.²³² Jeg skal under punkt 4.2.2. se nærmere på hvordan EMD og CJEU har slått ned på dette, og hvilke konsekvenser det har fått.

6.4.2 Faktum i de tre sakene

MSS mot Belgia og Hellas²³³ gjaldt utsendelse av en afghansk asylsøker fra Belgia til Hellas. Hellas var etter Dublin II-forordningen ansvarlige for behandling av asylsøknaden, etter første asyllandsregelen. Belgia iverksatte derfor Dublin-retur til Hellas. På bakgrunn av behandlingen og forholdene klageren ble utsatt for i Hellas, klaget han både Hellas og Belgia inn for EMD for blant annet krenkelse av EMK art. 3.

²²⁶ Europaparlamentets resolusjon A6-0287/2008 (2008) punkt M.

²²⁷ Europaparlamentets resolusjon A6-0287/2008 (2008) punkt H.

²²⁸ Fullerton (2017) s. 56.

²²⁹ Reg 604/2013/EU fortalens tredje avsnitt.

²³⁰ Vevstad (2018) s. 410 og Einarsen (2000) s. 64-65.

²³¹ Mitsilegas (2014) s. 190-191.

²³² Vevstad (2018) s. 422.

²³³ M.S.S. v Belgium and Greece.

Hirsi Jamaa og andre mot Italia²³⁴ gjaldt 11 somaliske og 13 eritreiske migranter som forsøkte å dra fra Libya til Italia med båt over Middelhavet. Båten ble stanset av italienske myndigheter som deretter overleverte migrantene til libyske myndigheter. Migrantene klaget Italia inn for EMD, blant annet med anførsel om at utsendelse til forholdene i Libya medførte en krenkelse av EMK art. 3.

Tarakhel mot Sveits²³⁵ gjaldt en familie på åtte fra Afghanistan som hadde fremmet asylsøknad i Sveits. Etter Dublin II-forordningen viste det seg at Italia var ansvarlige for å behandle søknaden, og familien ble dermed besluttet utsendt fra Sveits. Familien klaget Sveits inn for EMD på bakgrunn av forholdene de ville bli utsatt for i Italia, og anførte at dette ville medføre en krenkelse av EMK art. 3.

I alle tre dommene ble det anført overfor domstolen at Belgia, Italia og Sveits krenket art. 3 ved å sende asylsøkerne til land hvor de kunne utsettes for «umenneskelig eller uverdigg behandling» på grunn av forholdene i disse landene. Krenkelsen lå altså i at de tre landene, ved å vedta utsendelse, foretok seg noe som direkte ledet til at klagerne risikerte å bli utsatt for behandling i strid med art. 3. Det ble gjentatt i dommene, slik EMD tidligere har slått fast, at det må foreligge «substantial grounds» for at det er en «real risk» for behandling i strid med art. 3 for å kunne fastslå krenkelse ved utsendelse.

Jeg vil i det følgende gjennomgå de tre dommene samlet, under tre punkter som er relevante for å forklare hvordan art. 3 kan fungere som en tvungen byrdefordelingsmekanisme. Først vil jeg se på hvilke forhold i mottakslandene som medførte krenkelse av art. 3, deretter hvordan kjedereofulement ble vurdert, og til sist hvilket ansvar landene som sto for utsendelsen ble tillagt. Jeg tar kun for meg anførselene som gjelder brudd på art. 3 i mottakslandene knyttet til utsenderstatens ansvar. De andre anførselene er ikke relevante for min problemstilling.

6.4.3 Forhold som utgjør brudd på EMK art. 3

I de tre dommene ble det gjort en vurdering av interneringsforhold og levevilkår for asylsøkere, i mottakslandene Hellas, Libya og Italia. Det ble vist til tidligere rettspraksis om at behandlingen under disse forholdene måtte være av en viss alvorlighetsgrad for at det skulle utgjøre en krenkelse av art. 3. Terskelen er relativ, tatt omstendigheter og person i betraktning. I MSS og Tarakhel ble det vektlagt at asylsøkere utgjør en særlig sårbar gruppe.²³⁶ Dette ble spesielt vektlagt når asylsøkerne var barn, slik som i Tarakhel. Hvorvidt asylsøkerne risikerte å bli utsatt

²³⁴ Hirsi Jamaa and others v. Italia.

²³⁵ Tarakhel v. Switzerland.

²³⁶ Tarakhel v. Switzerland avs. 94 og avs. 118, MSS v. Belgium and Greece avs. 219 og avs. 251.

for behandling i strid med art. 3 ble vurdert på grunnlag av klagerens individuelle situasjon, sett i lys av de generelle omstendighetene i landet.²³⁷

I MSS ble klageren utsatt for interneringsforhold med begrenset tilgang til vann, toalett og luf-teturer. Han måtte sove på skitne madrasser eller rett på gulvet i overfylte forvaringssentre. Når han ikke var internert manglet han husly, og måtte bo på gaten. EMD påpekte at art. 3 i utgangs-punktet ikke pålegger en stat å sikre alle innenfor dens jurisdiksjon husly og finansiell støtte.²³⁸ EUs Mottaksdirektiv, som ga regler om nettopp dette, var imidlertid gjennomført i gresk lov, og forpliktet dermed Hellas til å sørge for husly og en viss materiell standard.²³⁹ Interneringsforholdene, den ekstreme materielle fattigdommen og mangelen på husly utgjorde dermed et brudd på art. 3.

Dette ble gjentatt i Tarakhel, der også Italia var bundet av Mottaksdirektivet.²⁴⁰ I Italia ble det rapportert om svært overfylte mottakssentre, hvor mangel på privatliv og voldelige hendelser var utbredt. I Tarakhel kom EMD imidlertid til at forholdene i Italia generelt sett ikke kunne sammenlignes med de i Hellas.²⁴¹ I motsetning til MSS hadde familien straks blitt tatt hånd om da de kom til Italia. Klagen var likevel ikke ubegrunnet, da sannsynligheten for at mange asyl-søkere ville ende opp uten bosted, eller under dårlige forhold på mottakene, var stor.²⁴² I tillegg var vektleggingen av asylsøkeres sårbarhet spesielt viktig når det var barn inne i bildet.²⁴³ Ut-sendelse av familien til Italia ville dermed utgjøre en krenkelse av art. 3, med mindre Sveits sørget for en individuell og detaljert garanti fra Italia, om at familien ville bli tatt hånd om på en måte tilpasset barnas alder og at familien ikke ville bli splittet.

I Hirsi Jamaa ble asylsøkere i Libya utsatt for arrest- og interneringsforhold, hvor det var høy forekomst av tortur, dårlige hygieneforhold og lite helsehjelp. Irregulære innvandrere, slik som klagerne, som slapp fri fra interneringen, var dømt til å havne i en posisjon i samfunnet hvor de ble utsatt for fremmedfrykt og rasisme.²⁴⁴ EMD kom dermed til at det var vist et betydelig grunnlag for å tro at en reell risiko for behandling i strid med art. 3 forelå for klagerne i Libya.

²³⁷ Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 117, Tarakhel v. Switzerland avs. 101 med henvisning til MSS v. Belgium and Greece.

²³⁸ MSS v. Belgium and Greece avs. 249, Tarakhel v. Switzerland avs. 95.

²³⁹ MSS v. Belgium and Greece avs. 250.

²⁴⁰ Tarakhel v. Switzerland avs. 96.

²⁴¹ Tarakhel v. Switzerland avs. 117.

²⁴² Tarakhel v. Switzerland avs. 115.

²⁴³ Tarakhel v. Switzerland avs. 119.

²⁴⁴ Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 125.

At mange andre befant seg i samme situasjon gjorde ikke risikoen mindre individuell, virkelig eller sannsynlig.²⁴⁵

6.4.4 Kjede-refoulement

Det var ikke bare forholdene i mottakslandene som ble vurdert, men også faren for å bli sendt videre til forfølgelse, såkalt kjede-refoulement. EMD uttalte i MSS og Hirsi Jamaa at mottakslandet skal ha tilstrekkelige garantier mot at asylsøkeren, direkte eller indirekte, blir utsendt til opprinnelseslandet uten først å få en vurdering av risikoen for å bli utsatt for behandling i strid med art. 3. Den staten som sender ut er ansvarlig for å forsikre seg om at slike garantier foreligger.²⁴⁶ Slike garantier vil for eksempel være et fungerende mottakssystem med tilfredsstillende asylprosedyrer.

I både MSS og Hirsi Jamaa ble det vist til et betydelig grunnlag for å tro at det var en reell risiko for behandling i strid med art. 3 dersom klagerne ble sendt tilbake til sine opprinnelsesland, henholdsvis Afghanistan, Somalia og Eritrea. Da det i både Hellas og Libya var betydelige mangler i asylprosedyrene, kunne ikke en tilstrekkelig garanti mot kjede-refoulement påvises. I Hellas var det store antall asylsøknader i kø for behandling, og en rekke sikre kilder rapporterte om mange tilfeller av både direkte og indirekte refoulement. I Libya var asylprosedyrer så og si fraværende, og risikoen for vilkårlig utsendelse var svært stor. Informasjon om dette var lett tilgjengelig, og EMD kom derfor til at Belgia og Italia visste eller burde visst at asylprosedyrene i Hellas og Libya ikke ga tilstrekkelige garantier mot kjede-refoulement.²⁴⁷

Manglene i asylprosedyrene skyldtes stort press på de aktuelle lands mottakssystemer. Både Hellas, Italia og Libya hadde på de tidspunkt dommene tar utgangspunkt i, tatt imot store antall flyktninger. Presset som lå på grenselandene i EU og vanskelighetene dette medførte, ble anerkjent av EMD i MSS og Hirsi Jamaa. Fordi art. 3 er en absolutt regel, kunne likevel ikke dette presset fritta hverken utsenderstaten eller asylstatene forpliktelsen bestemmelsen påla dem.²⁴⁸

6.4.5 Statens ansvar

Et sentralt punkt i alle dommene var fastleggelsen og utstrekningen av det ansvaret staten som utviser har, når det gjelder klarlegging av forholdene og asylprosedyrene asylsøkeren møter i mottakslandet.

²⁴⁵ Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 136.

²⁴⁶ MSS v. Belgium and Greece avs. 342, Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 146.

²⁴⁷ MSS v. Belgium and Greece avs. 358, Hirsi 156.

²⁴⁸ MSS v. Belgium and Greece avs. 223, Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 122.

I Tarakhel påpekte EMD, med grunnlag i etablert rettspraksis, at konvensjonsstatene som utgangspunkt har rett til å kontrollere innreise, opphold og utvisning av utlendinger. Dette følger av internasjonal rett og partenes traktatforpliktelser.²⁴⁹ I MSS og Tarakhel var utvisningene i tråd med Dublin-regelverket, hvor Hellas og Italia var ansvarlige for å behandle asylsøknadene. Art. 3 kunne likevel være et hinder for retten til å utvise dersom det var vist et betydelig grunnlag for å tro at det var en reell risiko for at vedkommende kunne bli utsatt for behandling i strid med art. 3 i mottakslandet. Det er i slike tilfeller staten som utviser som står ansvarlig, og art. 3 kan i tilfelle forplikte staten til å ikke utvise til det aktuelle landet.²⁵⁰ Her ser man altså at art. 3 fungerte som et ekstra sikkerhetsnett som supplerte reglene i flyktningretten og CEAS.

I lignende saker som MSS og Tarakhel, henholdsvis T.I. mot Storbritannia og K.R.S mot Storbritannia, hadde domstolen tidligere kommet til at man ved retur etter Dublin-forordningen kunne anta at mottakslandet overholdt sine forpliktelser, dersom man ikke hadde bevis for det motsatte.²⁵¹ I MSS og Tarakhel hadde de imidlertid bevis for det motsatte, da sikre kilder tilsa at forpliktelser ikke ble overholdt i praksis. Eksistensen av nasjonal lovgivning og ratifisering av internasjonale traktater var dermed ikke garanti nok.²⁵²

EMD mente i tillegg at Belgia og Sveits kunne ha unngått brudd på art. 3 ved å benytte seg av suverenitetsklausulen²⁵³ i Dublin-forordningen. Klausulen medfører at en stat kan velge å behandle asylsøknaden, uavhengig av ansvarsvilkårene i forordningen. EMD mente dermed at Belgia og Sveits ikke var forpliktet til å returnere asylsøkerne.

I Hirsi Jamaa kunne ikke Italia omgå egne forpliktelser ved å henvise til en bilateral avtale med Libya om å sende tilbake «clandestine migrants».²⁵⁴ Ansvar for å klargjøre hvilke forhold migrantene ble sendt tilbake til var fortsatt intakt. Italia hadde et enda større ansvar når utsendelsen var til et land som ikke var part i konvensjonen.

I MSS var en garanti fra Hellas om å overholde sine forpliktelser ikke tilstrekkelig. Garantien var for generelt utformet uten å gi en individuell garanti, og henviste kun til lovgivningen, ikke situasjonen i praksis.²⁵⁵ I Tarakhel ble Sveits pålagt å skaffe en slik garanti fra Italia, men det ble imidlertid bemerket at denne måtte være individuell og detaljert.

²⁴⁹ Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 113.

²⁵⁰ MSS v. Belgium and Greece avs. 165, Tarakhel v. Switzerland avs. 93, Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 114.

²⁵¹ MSS v. Belgium and Greece avs. 343, Tarakhel v. Switzerland avs. 103.

²⁵² Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 128, MSS v. Belgium and Greece avs. 353.

²⁵³ Reg 343/2003/EC (opphevet 01.01.2014) art. 3 nr. 2, videreført i Reg 604/3013/EU art. 17 nr. 1.

²⁵⁴ Hirsi Jamaa and others v. Italy avs. 129.

²⁵⁵ MSS v. Belgium and Greece avs. 354.

I alle tre dommene var det en rekke tilgjengelige rapporter fra troverdige kilder, som blant annet UNHCR, Amnesty International og Human Rights Watch. Kildene tilsa at situasjonen i landene kunne innebære en risiko for at de utsendte ble utsatt for behandling i strid med art. 3. Det var dermed de nasjonale myndigheter, i Italia, Belgia og Sveits, sitt ansvar å finne ut hvilken behandling asylsøkerne ville bli utsatt for ved retur.

6.4.6 EMK art. 3 som byrdefordelingsmekanisme

Dommene viser hvordan EMK art. 3 har blitt brukt som et hinder for å sende flyktninger tilbake til land, hvis kapasitet er sprengt fordi de har tatt imot store andeler av flyktninger. Dersom det ble vist at forholdene i mottakslandet ga betydelig grunnlag for å tro at en reell risiko for behandling i strid med art. 3 var tilstede, oppstilte bestemmelsen en forpliktelse for Belgia, Italia og Sveits om å ikke sende ut asylsøkeren.

Dommene blir dermed veiledende for hvordan stater som sender ut asylsøkere skal forholde seg til forholdene i mottakerlandene. I EU hadde spesielt MSS en klargjørende effekt, da det ble slått fast at en ren antagelse om at mottakerlandet overholder sine forpliktelser ved Dublin-retur, ikke var nok. Staten som sendte ut var ansvarlig for å undersøke hvilke forhold og asylprosedyrer som møtte asylsøkeren i hvert enkelt tilfelle. Dette skilte seg fra foregående dommer, hvor en antagelse om at Dublin-land overholdt sine internasjonale forpliktelser var tilstrekkelig.²⁵⁶ CJEU slo fast, i de etterfølgende dommene N.S. og M.E. og andre²⁵⁷, at utsenderstaten ikke kunne fraskrive seg ansvaret for de menneskerettslige forpliktelsene, ved å presumere at mottakerstaten overholdt sine forpliktelser. Denne klargjøringen ble henvist til i Tarakhel.²⁵⁸

MSS førte til en suspensjon av Dublin-returer til Hellas helt frem til 2017.²⁵⁹ Også Tarakhel førte til en stans i returer til Italia, hvor utsenderland ba om garantier fra Italia før de returenerte.²⁶⁰ Returene tok seg imidlertid raskere opp igjen sammenlignet med Hellas. Til tross for at dommer avsagt av EMD kun er bindende for partene, fikk de altså ringvirkninger utover dette. Asylsøkere som kvalifiserte til Dublin-retur til Hellas og Italia fikk heller søknadene behandlet i det landet de befant seg i.

²⁵⁶ T.I. v. Storbritannia og K.R.S v. Storbritannia.

²⁵⁷ Case C-411/10 N.S. v Secretary of State for the Home Department og Case C-493/10 M.E. and others v Refugee Applications Commissioner and Minister of Justice, Equality and Law Reform.

²⁵⁸ Tarakhel v. Switzerland avs. 33.

²⁵⁹ Greek Council of Refugees (2018).

²⁶⁰ Vevstad (2018) s. 423-424.

Dommene som senere fulgte i CJEU klargjorde et annet problem som oppsto i MSS, nemlig bruken av suverenitetsklausulen, som i utgangspunktet motvirker Dublin-systemet. I N.S. og M.E. og andre slo CJEU fast at suverenitetsklausulen kunne brukes i større grad, for å hindre brudd på EMK art. 3. Dommene ble også en inspirasjonskilde til endringen av art. 3 nr. 2 i Dublin III-forordningen.²⁶¹ Endringen innebar at Dublin-retur til andre medlemsstater skal unnlates dersom det er vesentlig grunn til å tro at det foreligger systemfeil ved asylprosedyrer og mottaksforhold, som medfører en risiko for umenneskelig eller nedverdiggende behandling.²⁶²

Selv om MSS og Tarakhel dreide seg om Dublin-returer og dermed var knyttet til CEAS, kan dommene ha virkning også utenfor EU. EMD knyttet vurderingen av forholdene i Hellas og Italia opp mot Mottaksdirektivet som begge land var bundet av. Dette fordi direktivet var gjennomført i nasjonal lov, og man kan stille spørsmål ved om dette hevet standarden for hvilke forhold som ble ansett å være brudd på art. 3.²⁶³ Likevel ser man i Hirsi Jamaa at art. 3 også fungerte som en hindring for utsendelse til et land som ikke var medlem i EU og heller ikke hadde regler om mottaksforhold. Dette viser at art. 3 kan verne mot utsendelse til land utenfor EU og fungere som en tvungen byrdefordelingsmekanisme også der.

Non-refoulement etter EMK art. 3 aktiveres kun for den stat som har flyktningen under sin jurisdiksjon, jf. EMK art.1. Den vil dermed ikke pålegge en annen stat ansvaret for å ta seg av de flyktninger som befinner seg i overfylte mottaksland. Art. 3 som en tvungen byrdefordelingsmekanisme er følgelig begrenset til de som allerede har kommet seg inn i et annet land.

EMK art. 3 har tilsvarende innhold som SP art. 7 og TK art. 3, og kan derfor være et eksempel på hvordan disse kan få samme virkning. Disse bestemmelsene har imidlertid ikke like effektive domstoler som EMK, og man kan derfor spørre om de kan oppnå samme effekt.

Flere saker angående levevilkår og mottaksapparat i Hellas og Italia har i senere tid blitt fremmet for EMD, hvor det finnes eksempler på at land har stoppet Dublin-returer som følge av dommene.²⁶⁴

6.5 Konklusjon

Prinsippet om non-refoulement, som forankret i EMK art. 3, har hatt effekt som en form for tvungen byrdefordelingsmekanisme, gjennom å hindre retur til overfylte mottaksland. Selv om

²⁶¹ Vevstad (2018) s. 423.

²⁶² Umenneskelig eller nedverdiggende behandling i tråd med the Charter of Fundamental Rights of the European Union art. 4, som samsvarer med EMK art. 3.

²⁶³ Clayton (2011) s. 766-767.

²⁶⁴ Vevstad (2018) s. 424, se f.eks. Ilias Ahmed v. Hungary (2017) hvor Danmark stanset Dublin-retur til Ungarn i fare for kjede-refoulement til Hellas.

EMK art. 3 er begrenset til Europa, vil den kunne tjene som et eksempel globalt. Effekten av EMK art. 3 som byrdefordelingsmekanisme vil imidlertid være begrenset, da den kun får virkning for mennesker under et lands jurisdiksjon. Den kan dermed ikke ha en effekt for overfylte mottaksland som flyktingene fortsatt befinner seg i, kun i tilfeller hvor det er snakk om retur til disse landene.

8 Avslutning

Jeg har i denne oppgaven kommet frem til at det ikke foreligger en juridisk forpliktelse om byrdefordeling i flyktingretten. Det er likevel klart at det er et anerkjent prinsipp. NY Declaration var et gjennombrudd når det gjaldt enighet mellom stater om å styrke byrdefordeling internasjonalt. Den etterfølgende Global Compact on Refugees ser likevel ikke ut til å lede til en juridisk bindende forpliktelse om å delta i byrdefordeling.

Spørsmålet er imidlertid om det i det hele tatt bør være en juridisk forpliktelse, da frivillige ordninger kan være vel så effektive og totalt sett føre til større deltagelse. Dette kan på den annen side gå på bekostning av forutsigbarhet, da det ikke vil være gitt hvem som vil delta når. Andre faktorer som politiske relasjoner, handelsinteresser og nasjonale sikkerhetsspørsmål, vil i større grad kunne påvirke en stats motivasjon til å delta. I folkeretten, hvor en stats suverenitet er sentral og politisk vilje er avgjørende for gjennomføringen av forpliktelser, vil uansett slike faktorer være bestemmende. Spesielt i mangelen på effektiv overordnet tvangs- og domsmyndighet i flyktingretten.

Funksjonen EMK art. 3 fikk som en tvungen byrdefordelingsmekanisme i sakene som ble gjennomgått ovenfor, viser at en domstol potensielt kan pålegge deltagelse i byrdefordeling. Dette fikk også ringvirkninger for stater som ikke var parter i sakene. Effekten var likevel av midlertidig karakter, da returer til de overfylte mottakslandene etterhvert tok seg opp igjen.

Slik UNHCR understreker, skal ikke byrdefordeling være en forutsetning for en stats oppfyllelse av forpliktelser overfor flyktinger.²⁶⁵ Det er likevel liten tvil om at manglende byrdefordeling har negative konsekvenser både for flyktingene selv og overfylte mottaksland. For å kunne hjelpe de mange millionene av mennesker på flukt i verden i dag, er det derfor helt nødvendig at stater samarbeider og deltar i byrdefordeling. Hvorvidt dette skal organiseres gjennom et juridisk forpliktende system er likevel ikke sikkert.

²⁶⁵ UNHCR (2000).

Litteraturliste

Traktater

BK	Convention on the Rights of the Child, New York 20 November 1989.
EMK	The European Convention on Human Rights, Rome 4 November 1950.
Flyktningkonvensjonen	Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva 28 July 1951.
FN-Pakten	Charter of the United Nations, San Francisco 26 June 1945.
ICJ-Statuttene	Statute of the International Court of Justice, San Francisco 18 April 1946.
OAU-konvensjonen	OAU Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, Addis-Ababa 10 September 1969.
Pact of San Jose	American Convention on Human Rights, San José 22 November 1969.
Protocol Relating to the Status of Refugees	Protocol Relating to the Status of Refugees, New York 31 January 1967.
SP	International Covenant on Civil and Political Rights, New York 19 December 1966.
TFEU	Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (EUT 2016/C 202/01).
TK	Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York 10 December 1984.

Wien-konvensjonen

The Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23 May 1960.

Direktiver og forordninger

Dir 2001/55/EC

Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof [Temporary Protection Directive].

Dir 2013/32/EU

Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) [Prosedyredirektivet].

Dir 2013/33/EU

Directive 2013/33/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) [Mottaksdirektivet].

Reg 604/2013/EU

Regulation 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for the international protection lodged one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) [Dublin III-forordningen].

Domsregister

International Court of Justice

France v. the United States of America

United States Nationals in Morocco Case, International Court of Justice, Judgement, 27 August 1952.

Guinea-Bissau v. Senegal

Arbitral Award of 31 July 1989, International Court of Justice, Judgement, 12 November 1991.

Nicaragua v. United States

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, International Court of Justice, Judgement, 27 June 1986.

European Court of Human Rights

Cruz Varas and others v. Sweden

Case of Cruz Varas and others v. Sweden, Application no. 15576/89, 20 March 1991.

F.G. v. Sweden

Case of F.G. v. Sweden, Application no. 43611/11, 23 March 2016.

Hirsi Jamaa and others v. Italy

Case of Hirsi Jamaa and others v. Italy, Application no. 27765/09, 23 February 2012.

K.R.S. v. United Kingdom

Fourth Section Decision as to the Admissibility of Application no. 32733/08, 2 December 2008.

M.S.S. v. Belgium and Greece

Case of M.S.S. v. Belgium and Greece, Application no. 30696/09, 21 January 2011.

Saadi v. Italy

Case of Saadi v. Italy, Application no. 37201/06, 28 February 2008.

Soering v. United Kingdom

Case of Soering v. The United Kingdom, Application no. 14038/88, 7 July 1989.

T.I. v United Kingdom	Third Section Decision as to the Admissibility of Application no. 43844/98, 7 March 2000.
Tarakhel v. Switzerland	Case of Tarakhel v. Switzerland, Application no. 29217/12, 4 November 2014.
Vilvarajah and others v. United Kingdom	Case of Vilvarajah and others v. The United Kingdom, Application no. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 October 1991.
<i>Court of Justice of the European Union</i>	
Case C-715/17 Commission v Poland	Case in progress [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-715/17&td=ALL] [Siter 24.11.2018].
Case C-188/91 Deutsche Shell AG v Hauptzollamt Hamburg-Harburg	ECLI:EU:C:1993:24.
Case C-411/10 N.S. v Secretary of State for the Home Department	ECLI:EU:C:2011:865.
Case C-493/10 M.E. and others v Refugee Applications Commissioner and Minister of Justice, Equality and Law Reform	ECLI:EU:C:2011:865.
Case C-718/17 Commission v Hungary	Case in progress [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-718/17] [Siter 24.11.2018].
Case C-719/17 Commission v Czech Republic	Case in Progress [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=EN&num=C-719/17] [Siter 24.11.2018].
Joined cases C-643/15 and C-647/15 Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union	ECLI:EU:C:2017:631.

FN-kilder

Betts (2006)

Betts, Alexander. UNHCR Evaluation and Policy Analysis Unit. *Comprehensive Plans of Action: Insights from CIREFCA and the Indochinese CPA*. Working Paper No. 120 (2006), <http://www.unhcr.org/research/working/43eb6a152/comprehensive-plans-action-insights-cirefca-indochinese-cpa-alexander-betts.html> [Sitert 23.11.2018].

Dawood Khan v. Canada

UN Human Rights Committee, CCPR/C/87/D/1302/2004, 10 August 2006.

FN (2018)

United Nations. *Growth in United Nations membership, 1945-present* (2018), <http://www.un.org/en/sections/member-states/growth-united-nations-membership-1945-present/index.html> [Sitert 04.11.2018].

FN E/AC.32/SR.7 (1950)

UN E/AC.32/SR.7 2 February 1950. Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session: Summary Record of the Seventh Meeting Held at Lake Success, New York, on Monday, 23 January 1950, at 11 a.m. [<http://www.refworld.org/docid/40aa1b1b4.html>] [Sitert 13.11.2018].

FN E/AC/32/2 (1950)

UN E/AC/32/2 3 January 1950. Ad Hoc Committee on Statelessness and Stateless Persons – Memorandum by the Secretary-General. [<http://www.refworld.org/docid/3ae68c280.html>] [Sitert 13.11.2018].

FNs Torturkomité (2018)

UN Committee against Torture CAT/C/GC/4 4 September 2018. General comment no. 4 (2017) on the Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22. [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CAT/CAT-C-GC-4_EN.pdf] [Sitert 21.11.2018].

Generalforsamlingen (1995)	General Assembly A/AC.96/850 1 September 1995. Note on International Protection: International Protection in Mass Influx (submitted by the High Commissioner). [http://www.refworld.org/docid/3ae68d404.html] [Sisert. 11.11.2018].
Generalforsamlingsresolusjon A/RES/2312 (1967)	General Assembly Resolution A/RES/2312 (XXII) 14 December 1967. Declaration on Territorial Asylum. [http://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html] [Sisert 08.11.2018].
Generalforsamlingsresolusjon A/RES/25/2625 (1970)	General Assembly Resolution A/RES/25/2625 (XXV) 14 October 1970. Declaration on the Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. [http://www.un-documents.net/a25r2625.htm] [Sisert 11.10.2018].
Generalforsamlingsresolusjon A/RES/46/106 (1991)	General Assembly Resolution A/RES/46/106 16 December 1991. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. [http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r106.htm] [Sisert 16.11.2018].
Generalforsamlingsresolusjon A/RES/52/103 (1997)	General Assembly Resolution A/RES/52/103 12 December 1997. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees. [http://www.un.org/ga/documents/ga-res52/res52103.htm] [Sisert 11.11.2018].

<p>Generalforsamlingsresolusjon A/RES/55/74 (2001)</p>	<p>General Assembly Resolution A/RES/55/74 12 February 2001. Office of the High Commissioner for Refugees: Resolution adopted by the General Assembly. [http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_55_74.pdf] [Sitertert 16.11.2018].</p>
<p>Generalforsamlingsresolusjon A/RES/57/187 (2003)</p>	<p>General Assembly Resolution A/RES/57/187 6 February 2003. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Resolution adopted by the General Assembly. [http://www.refworld.org/docid/3f43553e4.html] [Sitertert 16.11.2018].</p>
<p>Generalforsamlingsresolusjon A/RES/71/1 (2016)</p>	<p>General Assembly Resolution A/RES/71/1 19 September 2016. New York Declaration for Refugees and Migrants. [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1] [Sitertert 23.11.2018].</p>
<p>Generalforsamlingsresolusjon. A/RES/52/103 (1998)</p>	<p>General Assembly Resolution A/RES/52/103 9 February 1998. Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: Resolution adopted by the General Assembly. [http://www.refworld.org/docid/3b00f32b17.html] [Sitertert 16.11.2018].</p>
<p>International Law Commission (1966)</p>	<p>International Law Commission. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries, 1966 [http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf] [Sitertert 24.11.2018].</p>
<p>Menneskerettighetserklæringen</p>	<p>General Assembly Resolution 217 A 10 December 1948 Universal Declaration of Human Rights. [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)] [Sitertert 20.11.2018].</p>

- Statuttene til FNs høykommissær for flyktninger UN General Assembly. Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 14 December 1950, A/RES/428(V) [<https://www.refworld.org/docid/3b00f0715c.html>] [Sisert 23.11.2018].
- UNHCR (1997) UNHCR. Note on the principle of non-refoulment. 4 November 1997. [<http://www.refworld.org/docid/438c6d972.html>] [Sisert 11.11.2018].
- UNHCR (2000) UNHCR. Burden-Sharing – Discussion Paper Submitted by UNHCR Fifth Annual Plenary Meeting Of The APC. 2000. [http://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/rcp/APC/2000-Discussion-Paper-UNHCR-submission-5th-plenary.pdf] [Sisert 24.11.2018].
- UNHCR (2011a) UNHCR. Expert Meeting on International Cooperation to Share Burdens and Responsibilities. 28 June 2011. [<http://www.refworld.org/docid/4e9fed232.html>] [Sisert 11.11.2018].
- UNHCR (2011b) UNHCR. Resettlement Handbook. July 2011. [<http://www.unhcr.org/46f7c0ee2.pdf>] [Sisert 24.11.2018].
- UNHCR (2011c) UNHCR. Regional Cooperative Approach to Address Refugees, Asylum Seekers and Irregular Movement. November 2011. [<http://www.refworld.org/docid/4e92d7c32.html>] [Sisert 11.11.2018].

- UNHCR (2016) UNHCR. *Hungary: Progress under the global strategy*. (2016) <http://www.unhcr.org/protection/detention/57b5832d7/hungary-progress-report.html?query=hungary%20fence> [Sitert 19.11.2018].
- UNHCR (2018) UNHCR. *Figures at a glance*. (2018), <http://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> [Sitert 23.11.2018].
- UNHCR (2018) UNHCR. The Global Compact on Refugees. Final draft. 26 June 2018. [<http://www.unhcr.org/events/conferences/5b3295167/official-version-final-draft-global-compact-refugees.html>] [Sitert 24.11.2018].
- UNHCR A/40/12 (1985) Report of the United Nations High Commissioner for Refugees A/40/12. 13 September 1985. [<http://www.unhcr.org/excom/unhcrannual/3ae68c340/report-united-nations-high-commissioner-refugees.html>] [Sitert 10.11.2018].
- UNHCR A/AC.96/904 (1998) UNHCR A/AC.96/904 7 September 1998. International Solidarity and Burden-sharing in all its Aspects: National, Regional and International Responsibilities for Refugees. [<http://www.unhcr.org/excom/excomrep/3ae68d978/annual-theme-international-solidarity-burden-sharing-its-aspects-national.html>] [Sitert 10.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 100 (LV) 2004 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 100 (LV) 8 October 2004. Conclusion on International Cooperation and Burden and Responsibility Sharing in Mass Influx Situations. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/41751fd82/conclusion-international-cooperation-burden-responsibility-sharing-mass.html>] [Sitert 12.11.2018].

- UNHCR ExCom Conclusion No. 104 (LVI) 2005 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 104 (LVI) 7 October 2005. Conclusion on Local Integration. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/4357a91b2/conclusion-local-integration.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 105 (LVII) 2006 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 105 (LVII) 6 October 2006. Conclusion on Women and Girls at Risk. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/45339d922/conclusion-women-girls-risk.html>] [Sitert 08.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 107 (LVIII) 2007 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 107 (LVIII) 5 October 2007. Conclusion on Children at Risk. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/4717625c2/conclusion-children-risk.html>] [Sitert 08.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 109 (LX) 2009 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 109 (LX) 8 December 2009. Conclusion on Protracted Refugee Situations. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/4b332bca9/conclusion-protracted-refugee-situations.html>] [Sitert 10.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 15 (XXX) 1979 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 15 (XXX) 16 October 1979. Refugees Without an Asylum Country. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c960/refugees-asylum-country.html>] [Sitert 26.10.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 22 (XXXII) 1981 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 22 (XXXII) 21 October 1981. Protection of Asylum-Seekers in Situations of Large-Scale Influx. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e10/protection-asylum-seekers-situations-large-scale-influx.html>] [Sitert 10.11.2018].

- UNHCR ExCom Conclusion No. 52 (XXXIX) 1988 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 52 (XXXIX) 10 October 1988. International Solidarity and Refugee Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c433c/international-solidarity-refugee-protection.html>] [Sitert 08.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 6 (XXVIII) 1977 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 6 (XXVIII) 12 October 1977. Non-refoulement. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c43ac/non-refoulement.html>] [Sitert 11.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 61 (XLI) 1990 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 61 (XLI) 5 October 1990. General Conclusion on International Protection. [<http://www.refworld.org/docid/3ae68c42c.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 62 (XLI) 1990 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 62 (XLI) 5 October 1990. Note on International Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6114/note-international-protection.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 67 (XLII) 1991 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 67 (XLII) 11 October 1991. Resettlement as an Instrument of Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c4368/resettlement-instrument-protection.html>] [Sitert 10.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 68 (XLIII) 1992 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 68 (XLIII) 9 October 1992. General Conclusion on International Protection. [<http://www.refworld.org/docid/3ae68c6e1c.html>] [Sitert 09.11.2018].

- UNHCR ExCom Conclusion No. 68 (XLIII) 1992 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 68 (XLIII) 9 October 1992. General Conclusion on International Protection. [<http://www.refworld.org/docid/3ae68c6814.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 74 (XLV) 1994 UNCHR Executive Committee Conclusion No. 74 (XLV) 7 October 1994. General Conclusion on International Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6a4/general-conclusion-international-protection.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 77 (XLVI) 1995 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 77 (XLVI) 20 October 1995. General Conclusion on International Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c438/general-conclusion-international-protection.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 79 (XLVII) 1996 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 79 (XLVII) 11 October 1996. General Conclusion on International Protection. [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c430/general-conclusion-international-protection.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusion No. 80 (XLVII) 1996 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 80 (XLVII) 11 October 1996. Comprehensive and Regional Approaches within a Protection Framework. Contained in United Nations General Assembly document A/AC.96/878 and document No. 12A (A/51/12/Add.1) [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e24/comprehensive-regional-approaches-protection-framework.html>] [Sitert 10.11.2018].

- UNHCR ExCom Conclusion No. 85 (XLIX) 1998 UNHCR Executive Committee Conclusion No. 85(XLIX) 9 October 1998. Conclusion on International Protection. Contained in United Nations General Assembly Document No. 12A (A/53/12/Add.1) [<http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6e30/conclusion-international-protection.html>] [Sitert 03.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusions No. 111 (LXIV) 2013 UNHCR Executive Committee Conclusions No. 111 (LXIV) 17 October 2013. Conclusion on civil registration. [<http://www.refworld.org/docid/525f8ba64.html>] [Sitert 09.11.2018].
- UNHCR ExCom Conclusions No. 112 (LXVII) 2016 UNHCR Executive Committee Conclusions No. 112 (LXVII) 6 October 2016. Conclusion of the Executive Committee on international cooperation from a protection and solutions perspective. [<http://www.refworld.org/docid/57f7b5f74.html>] [Sitert 09.11.2018].
- United Nations Treaty Collection (2018) United Nations Treaty Collection. Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General (2018). [<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=5&subid=A&lang=en>] [Sitert 23.10.2018].

EU-kilder

- COM(2016) 270 final Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) COM(2016) 270 final, 4 May 2016. [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf] [Sitert 23.11.2018].

- Council Decision 2015/1523 (2015) Council of the European Union Decision EU 2015/1523 of 14 September 2015 establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece. (date of end validity 17/09/2017) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AJOL_2015_239_R_0011] [Sitert 24.11.2018].
- Council Decision 2015/1601 (2015) Council of the European Union Decision EU 2015/1601 of 22 September establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and Greece. (date of end of validity 26/09/2017) [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015D1601>] [Sitert 16.11.2018].
- Council Decision 96/198/JHA (1996) Council of the European Union Decision 96/198/JHA of 4 March 1996 on an alert and emergency procedure for burden-sharing with regard to the admission and the residence of displaced persons on a temporary basis. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31996D0198>] [Sitert 15.11.2018].
- EU-Turkey Statement (2016) EU-Turkey Statement. Press release. 18 March 2016. [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>] [Sitert 24.11.2018].
- European Council Conclusion 421/18 (2018) Conclusion on migration, security and defence, jobs, growth and competitiveness, innovation and digital, and on other issues. 28 June 2018. [<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2018/06/29/20180628-euco-conclusions-final/pdf>] [Sitert 16.11.2018].

- Europaparlamentets resolusjon A8-0066/2016 (2016) European Parliament Resolution. The situation in the Mediterranean and the need for a holistic EU approach to migration (2015/2095(INI)) A8-0066/2016. 12 April 2016. [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0066&language=EN>] [Sisert 16.11.2018].
- Council Resolution 95/C 262/01 (1995) Council of the European Union Resolution 95/C 262/01 of 25 September 1995 on burden-sharing with regard to the admission and residence of displaced persons on a temporary basis. [[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LT/TXT/?uri=CELEX:31995Y1007(01))] [Sisert 15.11.2018].
- Europaparlamentets resolusjon A6-0287/2008 (2008) European Parliament Resolution. Evaluation on the Dublin system (2007/2262(INI)) A6-0287/2008. 2 July 2008. [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A6-2008-0287&language=EN>] [Sisert 16.11.2018].
- Council and Commission Action Plan 1999/C 19/01 (1998) Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice – Text adopted by the Justice and Home Affairs Council (1999/C 19/01) [<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4565d7d8-b5e4-4b4e-87ce-5f5e7f641383/language-en>] [Sisert 24.11.2018].

Andre regionale kilder

- MPA (2004) Mexico Declaration and Plan of Action to Strengthen the International Protection of Refugees in Latin America, 16 November 2004 [<https://www.refworld.org/docid/424bf6914.html>] [Sisert 24.11.2018].

Litteratur

- Alleweldt (1993) Alleweldt, Ralf. "Protection against Expulsion under Article 3 of the European Convention on Human Rights" *European Journal of International Law* Vol. 4 Nr. 3 (1993) s. 360-376.
- Amnesty International (2018) Amnesty International. *UN Refugee Compact: World leaders not up to the challenge* (2018), <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/07/un-refugee-compact-world-leaders-not-up-to-the-challenge/> [Sitert 10.11.2018].
- Barutciski (2001) Barutciski, Michael and Shurke, Astri. «Lessons from the Kosovo Refugee Crisis: Innovations in Protection and Burden-sharing» *Journal of Refugee Studies* Vol. 14 Nr. 2 (2001) s. 95-134.
- Beech (2018) Beech, Hannah. *First Rohingya Are to Be Returned to Myanmar Killing Grounds*. (2018) <https://www.nytimes.com/2018/11/14/world/asia/rohingya-myanmar-repatriation.html> [Sitert 20.11.2018].
- Betts (2016) Betts, Alexander. *U.N Refugee Summit: Abstract Discussions in the Face of a Deadly Crisis* (2016), <https://www.newsdeeply.com/refugees/community/2016/09/12/u-n-refugee-summit-abstract-discussions-in-the-face-of-a-deadly-crisis> [Sitert 11.11.2018].
- Boyle (2007) Boyle, Alan and Chinkin, Christine. *The making of international law* Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Bronee (1993) Bronee, Sten A. "The History of the Comprehensive Plan of Action" *International Journal of Refugee Law* Vol. 5 Nr. 4 (1993), s. 534-543.
- Carrié (2018) Carrié, Shawn and Al Omar, Asmaa. 'It's against the law': Syrian refugees deported from Turkey back to war. (2018) <https://www.theguardian.com/global-development/2018/oct/16/syrian-refugees-deported-from-turkey-back-to-war> [Sitert 13.11.2018].

- Chimni (2000) Chimni, B.S. "The Principle of Burden-sharing" I *International Refugee law – A Reader*, Chimni, B.S. (red.), New Delhi: Sage Publications, 2000, s. 146-151.
- Chinkin (1989) Chinkin, C.M. "The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law" *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 38 Nr. 4 (1989) s. 850-866.
- Clayton (2011) Clayton, Gina. "Asylum Seekers in Europe: M.S.S v Belgium and Greece" *Human Rights Law Review* Vol 11. Nr. 4. (2011) s. 758-773.
- Cristophersen (2018) Cristophersen, Eirik. *Ansvarsfordeling – Kan en rettferdig ansvarsfordeling løse flyktningkrisen?* (2018) <http://www.flyktningregnskapet.no/ansvarsfordeling/> [Sitert 16.11.2018].
- Dowd (2017) Dowd, Rebecca and McAdam, Jane. "International Cooperation and Responsibility-Sharing to Protect Refugees: What, Why and How?", *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 66 Nr. 4 (2017), s. 863-892.
- Einarsen (2000) Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning* Bergen: Cicero Publisher, 2000.
- Einarsen (2016) Einarsen, Terje og Engedahl, Marthe. «The universal asylum system and the 2016 New York Declaration: towards an improved 'global compact' on refugees?» *Refugee Law Initiative Working Paper Series* Special Edition (Papers 16-22) (2016) s. 10-24.
- Flyktninghjelpen (udatert) Flyktninghjelpen. *Konvensjoner og regelverk* (udatert), <https://www.flyktninghjelpen.no/global/statistikk/konvensjoner-og-regelverk/> [Sitert 23.11.2018].
- Fonteyne (1983) Fonteyne, J. -P. L. "Burden-Sharing: An Analysis of the Nature and Function of International Solidarity in Cases of Mass Influx of Refugees", *Australian Year Book of International Law* Vol. 8 (1983), s. 162-188.

- Frelick (2018) Frelick, Bill. *If other countries can balance human rights and border security, so can the United States.* (2018) <https://www.hrw.org/news/2018/10/30/if-other-countries-can-balance-human-rights-and-border-security-so-can-united-states> [Sitert 20.11.2018].
- Fullerton (2017) Fullerton, Maryellen. «Refugees and the Primacy of European Human Rights Law» *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* Vol. 21 Nr. 1 (2017) s. 45-69.
- Fullerton (2018) Fullerton, Maryellen. “Borders, Bans, and Courts in the European Union” *Roger Williams University Law Review* Vol. 23 Nr. 2 (2018), s. 393-418.
- Gammeltoft-Hansen (2008) “The Refugee, the Sovereign and the Sea: European Union Interdiction Policies”, i *Sovereignty Games: Instrumentalizing State Sovereignty in Europe and Beyond*, Adler-Nissen, Rebecca og Gammeltoft-Hansen, Thomas (red.), New York: Palgrave Macmillan US, 2008, s. 171-195.
- Gammeltoft-Hansen (2011) Gammeltoft-Hansen, Thomas. *Access to Asylum, International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Garvey (1985) Garvey, Jack I. “Toward a Reformulation of International Refugee Law”, *Harvard International Law Journal* Vol. 25 Nr. 2 (1985), s. 483-500.
- Goodwin-Gill (2007) Goodwin-Gill, Guy S. and McAdam, Jane. *The refugee in international law*, 3. utg., New York: Oxford University Press, 2007.
- Gorman (1986) Gorman, Robert F. “Beyond ICARA II: Implementing Refugee-Related Development Assistance” *The International Migration Review* Vol. 20 No. 2 (1986) s. 283-289.
- Greek Council for Refugees (2018) Greek Council for Refugees. *Dublin – Greece.*(2018) <http://www.asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/procedures/dublin> [Sitert 08.11.2018].

- Gruchalla-Wesierski (1984) Gruchalla-Wesierski, Tadeusz. "A Framework for Understanding "Soft Law"" *McGill Law Journal* Vol. 30 Nr. 1 (1984), s. 37-88.
- Hathaway (2005) Hathaway, James C. *The Rights of Refugees under International Law* Cambridge: University Press, 2005.
- Human Rights Watch (2018) Human Rights Watch. *Bangladesh: Halt Rohingya Repatriation Plan*. (2018) <https://www.hrw.org/news/2018/11/15/bangladesh-halt-rohingya-repatriation-plan> [Siteret 20.11.2018].
- Hurwitz (2009) Hurwitz, Agnès. *The Collective Responsibility of States to Protect Refugees*, Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Inder (2018) Inder, Claire. «The Origins of «Burden Sharing» in the Contemporary Refugee Protection Regime», *International Journal of Refugee Law* Vol. 00 Nr. 00 (2018) s. 1-32.
- Ineli-Ciger (2015) Ineli-Ciger, Meltem. *Why do states share the burden during refugee emergencies* (2015), <http://hukuk.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/65/files/sduhf-dergisic5s2y2015-22042016.pdf#page=72> [Siteret 20.11.2018].
- Ineli-Ciger (2018) Ineli-Ciger, Meltem. *Will the Global Compact on Refugees Address the Gap in International Refugee Law Concerning Burden Sharing?* (2018), <https://www.ejiltalk.org/will-the-global-compact-on-refugees-address-the-gap-in-international-refugee-law-concerning-burden-sharing/> [Siteret 12.11.2018].
- IOM (2018) International Organization for Migration. *Key Migration Terms* (2018), <https://www.iom.int/key-migration-terms> [Siteret 07.11.2018].
- Kerber (1997) Kerber, K. "The Temporary Protection Directive" *European Journal of Migration and Law* Vol. 4 Nr. 2 (2002), s. 193-214.
- Kjærørum (1992) Kjærørum, Morten. "The Concept of country of first asylum" *International Journal of Refugee Law* Vol. 4 Nr. 4 (1992), s. 514-530.

- Kritzman-Amir (2010) Kritzman-Amir and Berman, Yonatan. "Responsibility Sharing and the Rights of Refugees: The Case of Israel", *George Washington International Law Review* Vol. 41 Nr. 3 (2010) s. 619-650.
- Lieberman (2018) Lieberman, Amy. *Global Compact for Refugees moves forward, but without clear path for implementation* (2018), <https://www.devex.com/news/global-compact-for-refugees-moves-forward-but-without-clear-path-for-implementation-93179> [Sitert 12.11.2018].
- Mbengue (2018) Mbengue, Makane Moïse. «Preamble» *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2018), <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1456?rskey=UUXNxK&result=1&prd=EPIL> [Sitert 02.11.2018].
- McAdam (2016) McAdam, Jane. *Filling up or emptying the glass? Musings on the 19 September refugee summit* (2016), <http://www.kaldorcentre.unsw.edu.au/publication/filling-or-emptying-glass-musings-19-september-refugee-summit> [Sitert 11.11.2018].
- McCarthy (2018) McCarthy, Tom. *Trump orders new curbs on asylum seekers but legal challenge likely* (2018) <https://www.theguardian.com/world/2018/nov/08/trump-administration-blocks-asylum-claims-by-those-crossing-border-illegally> [Sitert 22.11.2018].
- Milner (2016) Milner, James. "When Norms Are Not Enough, Understanding the Principle and Practice of Burden and Responsibility Sharing for Refugees" *Global Leadership and Cooperation for Refugees Series* Nr. 2 (2016), s. 1-7.
- Mitsilegas (2014) Mitsilegas, Valsamis. "Solidarity and Trust in the Common European Asylum System" *Comparative Migration Studies* Vol. 2 Nr. 2 (2014) s. 181-202.

- Moretti (2016) Moretti, Sebastien. *UNHCR and the migration regime complex in Asia-Pacific – Between responsibility shifting and responsibility sharing* (2016), <http://www.unhcr.org/research/working/5823489e7/unhcr-migration-regime-complex-asia-pacific-responsibility-shifting-responsibility.html?query=bangkok%20principles> [Sisert 24.11.2018].
- Morgenstern (1949) Morgenstern, Felice. “The Right of Asylum”, *British Year Book of International Law* Vol. 26 (1949), s. 327-357.
- Noll (2000) Noll, Gregor. *Negotiating Asylum, The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- Øyen (2018) Øyen, Øyvind Dybvik. «Internasjonal Beskyttelse» i *Lærebok i utlendingsrett*, Øyen, Øyvind Dybvik (red.), 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 323-340.
- Ruud, Morten (2011) Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Shuck (1997) Shuck, Peter H. “Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal”, *Yale Journal of International Law* Vol. 22 Nr. 2 (1997) s. 243-298.
- Smith (2018) Smith, David and Agren, David. *Trump accused of stoking immigration fears by sending 5,200 troops to border* (2018), <https://www.theguardian.com/us-news/2018/oct/29/trump-immigration-troops-border-midterms> [Sisert 22.11.2018].
- Türk (2016a) Türk, Volker and Garlick, Madeline. «From Burdens and Responsibilities to Opportunities: The Comprehensive refugee Response Framework and a Global Compact on Refugees», *International Journal of Refugee Law* Vol. 28 Nr. 4 (2016), s. 656-678.
- Türk (2016b) Türk, Volker. *The New York Declaration: Once in a lifetime opportunity to enhance refugee protection* (2016), <http://www.kaldorcen-tre.unsw.edu.au/news/new-york-declaration-once-lifetime-opportunity-enhance-refugee-protection> [Sisert 11.11.2018].

- Ulusoy (2017) Ulusoy, Orcun and Battjes, Hemme. "Situation of Readmitted Migrants and Refugees from Greece to Turkey under the EU-Turkey Statement" *VU Migration Law Series* Nr. 15 (2017).
- Vevstad (2018) Vevstad, Vigdis. "Dublin-samarbeidet", i *Lærebok i utlendingsrett*, Øyen, Øyvind Dybvik (red.), 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 406-427.