

Asylstop for flygtninge

Af Stefan Weinschenck*

På baggrund af aktuelle politiske ønsker om at nægte spontan asyl, undersøger artiklen de juridiske muligheder for i medfør af flygtningekonventionen og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), at indføre et asylstop. Artiklen afdækker derfor, hvilken beskyttelse, der som minimum tilfalder uønskede illegalt indrejste flygtninge i lande, der gennemfører et asylstop, og hvor lang tid landet kan nægte grundlæggende rettigheder og tildeling af varig flygtningebeskyttelse.

Artiklen konkluderer, at stater som udgangspunkt kan gennemføre et asylstop, hvor anerkendte men illegalt indrejste flygtninge ikke tildeles det fulde katalog af rettigheder i medfør af EMRK og flygtningekonventionen. Det indebærer, at stater kan nægte varig opholdstilladelse efter national ret og udelukkende acceptere disse flygtninge på statens territorium, indtil udsendelse til hjemlandet eller tildeling af asyl i et sikkert tredjeland bliver muligt. Det følger af, at stater i væsentligt omfang har fastholdt det traditionelle statslige prerogativ om regulering af indrejse og ophold og derved undgået klare forpligtelser til at give lovligt og varigt ophold, der er afgørende for, at flygtninge kan nyde det fulde rettighedskatalog. Begge konventioner giver dog visse minimumsrettigheder, som stater skal tildele flygtninge, selvom varigt ophold nægtes. Det gælder særligt efter EMRK beskyttelse mod refoulement, ret til ikke at blive udsat for nedværdigende og umenneskelig behandling, ret til familieliv, ret til grunduddannelse og ligebehandling, og efter flygtningekonventionen refoulementforbuddet, ret til basisuddannelse og ligebehandling. De øvrige rettigheder i flygtningekonventionen kan landet tidsubegrænset nægte flygtninge, herunder omkostningsfulde rettigheder som ret til arbejde, selvstændig erhverv, bolighjælp og

* Kandidatjurastuderende ved Københavns Universitet [weinschenck@gmail.com]

socialle ydelser, da konventionen ikke indeholder nogen pligt til at tildele det fulde rettighedskatalog. Afslutningsvist knytter artiklen enkelte bemærkninger til hensigtsmæssigheden af asylstop og sætter modellen i en danskretlig kontekst.

1. Indledning

Den 5. februar 2018 fremlagde Socialdemokratiet udlændingespillet ”Retfærdigt og realistisk”, hvor det blandt andet blev foreslået at indføre et stop for, at udlændinge kan søge om spontan asyl i Danmark, og at asylbehandling i fremtiden skal foregå i modtagecentre i sikre tredjelande.¹ Forslaget ligger i forlængelse af en række forslag fra Dansk Folkeparti², Liberal Alliance³ og Nye Borgerlige⁴ om at indføre et asylstop og sende flygtninge til modtagecentre i udlandet. Ifølge Dansk Folkeparti og Nye Borgerlige indebærer et asylstop, at en flygtning ikke skal have mulighed for at søge asyl i Danmark, hvis personen er kommet igennem sikre lande. Også regeringsgrundlaget fra november 2016 nævner ambitionen om et nyt asylsystem med ansøgning om asyl i sikre tredjelande i stedet for ”[...] et system, der giver fortrin til asylansøgere, som har

¹ Socialdemokratiets udspil ’En udlændingepolitik der samler Danmark’ (5. februar 2018) 13.

² Dansk Folkepartis politik for udlændingeområdet <<https://danskfolkeparti.dk/politik/stramninger-paa-udlaendingepolitikken/>> besøgt 1. juni 2018.

³ Liberal Alliance har foreslået et fuldt stop for flygtninge fra Syrien og sende dem tilbage til flygtningelejre i nærområdet og modtage beskyttelse i lejre drevet af Danmark.

Marchen Neel Gjertsen og Martin Kaae, ’Liberal Alliance: Afvis alle krigsflygtninge’ Jyllands-Posten (8. oktober 2014) <<https://jyllands-posten.dk/politik/ECE7093609/Liberal-Alliance-Afvis-alle-krigsflygtninge/>> besøgt 1. juni 2018.

⁴ Nye Borgerlige foreslår et asylstop og udsendelse til hjemland eller nærområder <<https://nyeborgerlige.dk/asylstop/>> besøgt 1. juni 2018.

penge og kræfter, og som understøtter menneskesmuglernes kyniske forretningsmodel”.⁵

Lignede forslag har været fremført i lande som Storbritannien,⁶ Tyskland,⁷ Østrig⁸ og Ungarn,⁹ samt helt eller delvist gennemført i lande som Australien¹⁰ og Israel.¹¹ Flere medlemslande har også fremsat ønske om reformer til en fælles

⁵ Regeringsgrundlag, 'For et friere, rigere og mere trygt Danmark' (27. november 2016) 54.

⁶ Den Britiske regering, 'New Vision for Refugees' (7. marts 2003).

⁷ Manuel Bewarder og Marcel Leubecher, 'Europa soll Flüchtlinge direkt nach Afrika zurückschicken', *Welt* (6. november 2016). <<https://www.welt.de/politik/deutschland/article159282861/Europa-soll-Fluechtlinge-direkt-nach-Afrika-zurueckschicken.html>> besøgt 1. juni 2018.

⁸ Justin Huggler, 'Lock refugees in old army camps, Austria's new far-Right vice-chancellor says' *The Telegraph* (5. januar 2018). <<http://www.telegraph.co.uk/news/2018/01/05/lock-refugees-old-army-barracks-austrias-new-far-right-vice/>> besøgt 1. juni 2018.

⁹ Lizzie Dearden, 'Hungarian parliament approves law allowing all asylum seekers to be detained' *The Independent* (7. marts 2017) <<https://www.independent.co.uk/news/world/europe/hungary-parliament-asylum-seekers-detain-law-approve-refugees-immigration-crisis-arrests-border-a7615486.html>> besøgt 1. juni 2018.

¹⁰ Australien har siden 2001 haft en politik kaldet "the Pacific Solution", der har betydet asylstop og asylbehandling og asyl i østater som Nauru og Papua New Guinea. I medfør af Border Protection Legislation Amendment Act (1999) blev det bestemt i section 36, at "(3) Australia is taken not to have protection obligations to a non-citizen who has not taken all possible steps to avail himself or herself of a right to enter and reside in, whether temporarily or permanently and however that right arose or is expressed, any country apart from Australia, including countries of which the non-citizen is a national."

¹¹ Toi Staff, 'Court backs Israel's deportation of migrants to third country, but limits jail time for those who refuse' *Times of Israel* (28. august 2017) <<https://www.timesofisrael.com/high-court-gives-green-light-to-israels-controversial-migrant-deportation-plan/>> besøgt 1. juni 2018.

europæisk løsning med modtagecentre i tredjelande og stop for asyl i EU.¹² Forslagene begrundes med behovet for fornyet kontrol over, hvem der tildeles beskyttelse og at modvirke sekundær migration fra nærområder, der som oftest sker ved farefulde rejser og menneskesmugling med risiko for overgreb og død. Ordningerne ønsker derved at fjerne incitamentet til illegal indrejse og i stedet skabe beskyttelsesalternativer i nærområder kombineret med at udvide eller genåbne lovlige adgangsveje direkte fra de områder som flygtningene flygter fra.

Spørgsmålet om lovligheden af et stop for tildeling af asyl for illegalt indrejste flygtninge giver anledning til række juridiske problemstillinger. Denne artikel er begrænset til at behandle, om et asylstop kan gennemføres i overensstemmelse med de to primære konventioner på området – EMRK og flygtningekonventionen – da begge konventioner er retligt bindende, har stor praktisk betydning og er ratificeret af en lang række af de nævnte lande, som enten har eller overvejer at indføre et asylstop.

1.1. Om asylbegrebet og ret til asyl

Spørgsmålet om lovligheden af et asylstop angår, om stater har en pligt til at give asyl, og – såfremt der *ikke* gælder en sådan pligt – hvilke rettigheder en kontraherende stat som minimum skal tildele en person, den anser for uønsket på sit territorium. Begrebet asyl anvendes ofte i forbindelse med beskyttelse af flygtninge, men der findes ingen universal definition. Traditionelt betyder ordet ud fra sin græske oprindelse *asylon*, ”tilflugtssted” eller ”fristed”. Den folkeretlige diskussion om asylretten går tilbage til 1600-tallet, hvor Hugo Grotius¹³ argumenterede for *individets* ret til asyl over for den senere Samuel

¹² Brev fra Tyskland og Frankrig til Kommissionen og Rådet (20. februar 2017).

¹³ Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* (1625), bog 2, kapitel 2, afsnit 16 og Samuel von Pufendorf, *De Jure Naturae et Gentium* (1972), bog 3, kapitel 3, afsnit 1.

von Pufendorf, der med udgangspunkt i staters rettigheder og friheder udelukkende anerkendte en ret for staten til at tildele asyl. Desuagtet den historisk-teoretiske debat om asylrettens karakter, fremgår en ret til asyl af en række regionale og internationale menneskeretlige instrumenter. Først og fremmest giver FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder af 1948 – omend ikke retligt bindende – enhver ret til at søge og til at nyde asyl, jf. artikel 14, stk. 1. På regionalt plan findes lignede instrumenter, der giver rettigheder til at søge og få asyl.¹⁴ Hverken flygtningekonventionen eller EMRK nævner eksplicit en ret til asyl, men begge konventioner giver grundlæggende rettigheder, der gælder for enhver. På den anden side er det udbredt, at lande i national ret regulerer retten til asyl. Imidlertid er det altid fastholdt, at lande frit kan gøre dette uden derved at anerkende en international forpligtelse.¹⁵ På den baggrund dækker *asyl* den situation, hvor en flygtning opnår ret til den fulde nydelse af rettigheder i Flygtningekonventionen og EMRK, ved at blive tildelt lovligt ophold i et land. I forlængelse heraf forstås *asylstop* som en ordning, hvorefter konventionsflygtninge i flygtningekonventionens artikel 1's forstand, der er migreret fra første sikre land til et nyt land – ofte mere velstående og med bedre menneskeretlige standarder, afskæres fra det fulde katalog af rettigheder i

¹⁴ The Bangkok Principles on the Status and Treatment of Refugees (adopted by the African-Asian Legal Consultative Organisation, 40th Sess., New Delhi, 24. juni 2001), artikel 2, stk. 3. The American Convention on Human Rights (1969), artikel 22, stk. 7 'the right to seek and be granted asylum'. The African Charter on Human and Peoples' Rights (1982), 21 ILM 58. artikel 12, stk. 3 "right to seek and obtain asylum" from persecution. Europæiske Unions Charter om Fundamentale Rettigheder (2009), artikel 18 giver "right to asylum" (bindende indenfor EU-retten).

¹⁵ Violeta Moreno-Lax, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and refugee Rights under EU Law* (2017, Oxford University Press) 365 ff.

flygtningekonventionen og EMRK, der ellers følger ved midlertidig eller varig opholdstilladelse efter det pågældende lands nationale ret.¹⁶ Ved et asylstop vil landet udelukkende acceptere flygtninges tilstedeværelse og nøjes med at tildele færrest mulige menneskerettigheder indtil udsendelse til hjemland eller tildeling af asyl i et sikkert tredjeland kan gennemføres og være i overensstemmelse med refoulementforbuddet.

1.2. Metode

Artiklen foretager en stringent juridisk dogmatisk vurdering af den gældende retstilstand og giver herudover enkelte bemærkninger om hensigtsmæssigheden af et asylstop. Artiklens analyse og fortolkning tager udgangspunkt i de gængse opfattelser i litteraturen af retstilstanden og vurderer disse synspunkter ud fra de generelle fortolkningsprincipper, der fremgår af Wienerkonvention om traktatretten af 1969 artikel 31-32.¹⁷ Fortolkningsprincipperne gælder både for artiklens retlige subsumption efter EMRK og flygtningekonventionen, men tager højde for det forskelligartede retskildegrundlag som de to konventioner bygger på. Retskilder til fortolkning af EMRK er i vidt omfang – foruden selve ordlyden – retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), der foretager en dynamisk fortolkning og på uniform vis udvikler retten.

¹⁶Jævnfør straks nedenfor. I øvrigt undersøger artiklen kun retsstillingen for konventionsflygtninge og modsætningsvist behandles retsstillingen ikke for personer, der opfylder betingelserne for anden beskyttelsesstatus, eksempelvis midlertidig beskyttelsesstatus. Det undersøges heller ikke nærmere, hvornår man udelukkende kortvarigt har gennemrejst et sikkert tredjeland, og hvornår man reelt har haft mulighed for at søge om asyl. Sidst undersøges kun retsstillingen for personer, der har haft mulighed for at søge asyl i et sikkert tredjeland på vejen til modtagerlandet, der har gennemført et asylstop, og derfor ikke har modtagerlandet som første asylland.

¹⁷ Malcolm N. Shaw, *International Law* (2014, 7. udgave, Cambridge University Press) 676.

Flygtningekonventionen fortolkes derimod væsentligt anderledes i mangel på en central og autoritativ fortolkende domstol. Fortolkningen må derfor tage udgangspunkt i ordlyd, forarbejder og staters ageren, foruden national retspraksis og litteratur.

2. Den menneskeretlige minimumsbeskyttelse af flygtninge
Udlændinges indrejse til og ophold på en stats territorium anses traditionelt for kerneområdet af den statslige suverænitet i folkeretten.¹⁸ Spørgsmål om forpligtelser for stater i forbindelse med udlændinges indrejse og ophold, er derfor som udgangspunkt omfattet af den enkelte stats selvbestemmelse. På den anden side har stater øjnet fordele ved at regulere dele af udlændingeområdet ved folkeretligt bindende forskrifter ud fra humanitære og ordensmæssige hensyn. Som de to centrale konventioner på området for henholdsvis beskyttelse af flygtninge og effektiv opretholdelse af grundlæggende rettigheder står flygtningekonventionen¹⁹ og EMRK.²⁰

¹⁸ Princippet er hertil også bekræftet i en lang række domme fra EMD, jf. *Amuur mod Frankrig*, no. 19776/92 (EMD, 25. juni 1996), præmis 41; *Chahal mod Storbritannien*, no. 22414/93, (EMD, 15. november 1996), præmis 73; *Abdulaziz, Cabales and Balkandali mod Storbritannien*, nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81 (EMD, 28. maj 1985), præmis 67-68 og *Saadi mod Storbritannien*, no. 13229/03, (EMD, 29. januar 2008), præmis 64, hvor Retten har udtalt ”subject to their obligations under the Convention, States enjoy an “undeniable sovereign right to control aliens’ entry into and residence in their territory”.

¹⁹ FN’s Konvention om Flygtninges Rettsstilling (28. juli 1951). Den efterfølgende Protokol af 31. januar 1967 ophæver den tidsmæssige begrænsning af personer, der kan opnå flygtningestatus som den oprindelige konvention havde indarbejdet i artikel 1 A, stk. 2 og artikel 1 B, stk. 1 (a).

²⁰ Den Europæiske Menneskeretskonvention (4. november 1950, ikrafttræden 3. september 1953) med dertilhørende protokoller.

2.1. Flygtningekonventionen

Flygtningekonventionen udgør den menneskeretlige *lex specialis* for beskyttelse af udlændinge, der opfylder konventionens flygtningedefinition. Konventionen definerer den omfattede persongruppe (artikel 1), foruden at give et katalog over grundlæggende rettigheder (artikel 2-33), der gradvis tildeles over tid så staterne kan følge med.²¹ Rettighederne udfoldes i det væsentligste i tre faser:²² 1) rettigheder for alle flygtninge *inden for statens territorie eller jurisdiktion*, 2) rettigheder, der opnås ved *lovlig tilstedeværelse* og sidst 3) rettigheder ved indtræden af *lovligt ophold*.

Indledningsvis har alle flygtninge, der befinder sig inden for statens territorie eller jurisdiktion følgende grundlæggende rettigheder: Beskyttelse mod *refoulement* (artikel 33, stk.1), straffrihed for ulovlig indrejse under visse forudsætninger (artikel 31, stk. 1), ret til kun at få foretaget nødvendige begrænsninger i sin bevægelsesfrihed (artikel 31, stk. 2) ret til basisuddannelse (artikel 22) og ret til ligebehandling med andre udlændinge (artikel 3). Blandt de grundlæggende rettigheder oplystes ikke nogen ret til opholdstilladelse eller beskyttelse mod udvisning. Udvisning kan gennemføres, så længe non-refoulementprincippet overholdes. Beskyttelse mod udvisning indtræder først i anden fase (artikel 32). Det står derfor modtagerlandet frit for at foretage en direkte og umiddelbar udvisning af flygtningen til sikre tredjelande, såfremt staten kan finde et sikkert tredjeland, der vil indvilge i at beskytte flygtningen,

²¹ Thomas Gammeltoft-Hansen, 'Er Flygtningekonventionen forældet?' 2016(1) Matters of Concern Human Rights Research Papers 3f.

²² Konventionens rettighedstildeling falder i fem faser 1) inden for jurisdiktion, 2) inden for territorie, 3) lovlig tilstedeværelse, 4) lovligt ophold og 5) varigt ophold. Af hensyn til artiklens overskuelighed omtales beskyttelsen i stedet i de tre væsentligste faser, da det primært er overgangen til *lovlig tilstedeværelse*, der er interessant for artiklen.

dog under folkeretligt ansvar, hvis tredjelandet ikke lever op til sine menneskeretlige forpligtelser.²³ Hvis flygtningen *ikke* kan hjemsendes, udvises eller kan få beskyttelse i et sikkert tredjeland, kan flygtningen ved tildeling af status af *lovlig tilstedeværelse* i landet opnå en række yderligere rettigheder ud over de grundlæggende rettigheder.

Den anden fase af rettigheder indtræder ved flygtningens opnåelse af status som havende lovlig tilstedeværelse. Dette sker, når staten lovliggør opholdet, eksempelvis ved tildeling af permanent eller midlertidig opholdstilladelse. Det er generelt antaget, at en flygtning har lovlig tilstedeværelse, når flygtningen 1) allerede er tildelt asyl i et tredjeland og ved visum eller anden indrejsetilladelse indrejser til modtagerlandet, eksempelvis med henblik på studie, ferie eller arbejde mv.²⁴ eller når 2) modtagerlandet behandler en indgiven asylansøgning. Lovlig tilstedeværelse kan i sidstnævnte tilfælde ophøre, hvis asyl ikke tildeles.²⁵ I anden fase har en flygtning ret til fuld bevægelsesfrihed inden for statens territorie (artikel 26) og ret til selvstændig erhvervsvirksomhed (artikel 18), foruden den meget afgørende beskyttelse mod

²³ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2005, Cambridge University Press) 370 og 663.

²⁴ UN Doc. E/AC.32/SR.42, 24, 16-17 og James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2005, Cambridge University Press) 174.

²⁵ Paul Weis, 'The Refugee Convention, 1951 – The Travaux Préparatoires analysed with a commentary by dr. Paul Weis' (1995), 303; James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2005, Cambridge University Press) 173f. Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary* (2011, Oxford University Press)

1246f. Lovlig tilstedeværelse under asylsagsbehandling er ifølge UNHCR den almindelige praksis blandt vestlige lande, og også synspunktet hos FN's Menneskerettighedskomiteé, jf. Celepli mod Sverige, UN Doc. CCPR/C/51/D/456/1991 (1997), 9.2.

udvisning med undtagelse af udvisning af hensyn til national sikkerhed og orden (artikel 32). I tredje og sidste fase, der indtræder ved tildeling af *lovligt ophold*, opnås de mere omkostningsfulde socioøkonomiske rettigheder, så som retten til arbejde (artikel 17), bolighjælp (artikel 21) og sociale ydelser (artikel 23) m.fl.²⁶

Spørgsmålet om indtrædelsestidspunktet for flygtninges ret til anden- og tredjefaserettigheder er derfor afgørende for at klarlægge statens muligheder for dels at udvise og tildele beskyttelse i tredjelande dels afskære de økonomisk byrdefulde forpligtelser for staten i tredje fase.

2.2. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

EMRK består af absolutte og relative rettigheder, foruden positive og negative forpligtelser.²⁷ I den sammenhæng er det relevant at fremhæve, hvem rettighederne tilkommer, og i hvilket omfang der kan gøres begrænsninger i dem fra statens side over for flygtninge. EMRK sikrer i medfør af artikel 1 *enhver* under statens jurisdiktion de rettigheder og friheder, som er oplistet i konventionens afsnit 1, hvorfor selv personer uden opholdstilladelse som udgangspunkt omfattes og opnår rettigheder. Uønskede flygtninge på statens territorium er derfor omfattet af beskyttelsen mod nedværdigende og umenneskelig behandling og mod nonrefoulement (artikel 3), ret til frihed og sikkerhed (artikel 5), retfærdig rettergang (artikel 6), ret til privat- og familieliv (artikel 8), indgåelse af ægteskab (artikel 12), samt ret til uddannelse efter TP1

²⁶ James C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law* (2005, Cambridge University Press) 186f. Rettigheder i tredje fase behandles ikke nærmere her. Om overgangen til tredje fase henvises også til Thomas Gammeltoft-Hansen, 'Er Flygtningekonventionen forældet?' 2016(1) *Matters of Concern Human Rights Research Papers*.

²⁷ Peer Lorenzen, m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, (2011, bind I, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundet) 16f.

(artikel 2), med den adgang til begrænsninger som de enkelte bestemmelser hjemler. For så vidt angår ophold, giver rettighedskataloget i EMRK ikke udlændinge ret til indrejse eller ophold. TP4 artikel 3, der regulerer ret til indrejse og beskyttelse mod udvisning, beskytter kun statens egne statsborgere. EMRK hjemler endda i medfør af artikel 5, litra f, stater adgang til at nægte udlændinge indrejse og ophold, foruden adgang til at frihedsberøve udlændinge med henblik på at hindre uretmæssig indtrængen og gennemføre udvisning. I forlængelse heraf er også retten til bevægelsesfrihed i TP4 artikel 2 begrænset til udelukkende at gælde for personer med lovligt ophold. EMRK giver således ikke flygtninge ret til ophold på modtagerlandets territorium og beskytter ikke absolut mod udvisning.

3. Tidsubegrænset nægtelse af yderligere rettigheder

I og med, at hverken flygtningekonventionen eller EMRK eksplicit nævner ret til asyl eller giver en ret til indrejse eller ophold for flygtninge, er spørgsmålet, om der alligevel kan udledes en pligt til at lovliggøre opholdet for disse reelle flygtninge, uanset om de er illegalt indrejst og migreret fra sikre tredjelande. Lovliggørelse af opholdet vil være afgørende for, om man tidsubegrænset kan nægte illegalt indrejste flygtninge yderligere rettigheder, som følger af lovlig ophold i landet.

3.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

For så vidt angår EMRK kan det overvejes, om der kan udledes en indirekte ret til ophold, da en række rettigheder i praksis kan stå i vejen for gennemførelse af udvisning. Det gælder for det første refoulementforbuddet i artikel 3, der betyder, at udlændinge ikke kan udvises til hverken hjemland eller andet sted, hvor deres liv og frihed kan være truet, såfremt der er risiko for tortur eller nedværdigende behandling. For det andet kan retten til familieliv i artikel

8 sammen med retten til at indgå ægteskab (artikel 12) formentlig i praksis betyde, at udvisning ikke kan gennemføres, da familiære bånd og sociale netværk i modtagerlandet vil veje tungere. I artikel 8 ligger også en positiv forpligtelse for staten til at sikre den effektive nydelse af retten til familieliv, herunder ved familiesammenføring i artikel 8. Såfremt en uønsket flygtning opnår familie i modtagerlandet, kan det muligvis være den eneste vej til fuld opholdsret i modtagerlandet. Desuagtet har EMD i *Gül mod Schweiz*²⁸ udtalt, at ”where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect immigrants' choice of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory”. Om der kan statuere en afledt ret til ophold for uønskede flygtninge i medfør af artikel 8 i det enkelte tilfælde, og om dette kan medføre ret til ophold, vil ikke her blive genstand for nærmere undersøgelse, da emnet egner sig til særskilt behandling. Sammenfattende giver EMRK ikke ret til ophold over for illegalt indrejste flygtninge, men derimod udelukkende en *negativ forpligtelse* til at afstå fra udvisning i medfør af artikel 3 og artikel 8, hvis betingelserne herfor er opfyldt.

3.2. Flygtningekonventionen

Flygtningekonventionen karakteriseres ved, at konventionen ikke eksplicit regulerer overgangen mellem faserne, og derved, hvornår en flygtning overgår fra den første fase til de næste. Konventionens artikel 31 er den mest nærliggende bestemmelse til at sige noget om ophold for illegalt indrejste flygtninge.

Artikel 31 Refugees unlawfully in the country of refugee

²⁸ *Gül mod Schweiz*, no. 23218/94 (EMD, 19. februar 1996), præmis 38. Præmissen er gentaget i en række efterfølgende sager eksempelvis *Ahmut mod Holland*, no. 73/1995/579/665 (EMD, 28. november 1996) og *Berisha mod Schweiz*, no. 948/12 (EMD, 30. juli 2013).

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

2. The Contracting States shall not apply to the movements of such refugees restrictions other than those which are necessary and such restrictions shall only be applied until their status in the country is regularized or they obtain admission into another country. The Contracting States shall allow such refugees a reasonable period and all the necessary facilities to obtain admission into another country. (min fremhævelse)

Ordlyden giver ikke retningslinjer for, hvornår en flygtning opnår lovlig tilstedeværelse og andenfaseretigheder. Modsætningsvist kan det udledes af, at lovlig tilstedeværelse indtræder i stk. 1 når flygtninge indrejser eller opholder sig *med tilladelse* ("authorization"), og i stk. 2, når flygtninges status i modtagerlandet er blevet *normaliseret* ("regularized"). Artikel 31 uddyber ikke nærmere, hvad der skal forstås ved tilladelse og normalisering, og bestemmelsen giver ingen indikationer for hverken en *ret* eller en *pligt* til henholdsvis tilladelse eller normalisering af ophold i modtagerlandet.

Fastlæggelsen af ret til *lovlig tilstedeværelse* har afgørende betydning for, at flygtninge kan tildeles yderligere rettigheder. Såfremt der ikke gælder en sådan ret, kan en illegalt indrejst flygtning i ubegrænset tid nægtes yderligere grundlæggende rettigheder ud over de indledende grundlæggende rettigheder.

3.2.1. Ret til ophold over tid ved udløb af adgang til at gøre nødvendige begrænsninger i bevægelsesfriheden

Atle Grahl-Madsen (1922-1990) er en af de eneste forskere, der har argumenteret for, at illegale flygtninge skal have en ret til ophold og tildeles det fulde rettighedskatalog over tid på baggrund af artikel 31. Retten til lovlig tilstedeværelse for illegalt indrejste flygtninge udleder Grahl-Madsen af stk. 2. Når staters ret til at gøre begrænsninger i bevægelsesfriheden efter en *rimelig periode* ikke længere kan anses for nødvendig, skal uønskede flygtninge gives fuld bevægelsesfrihed. Når retten til fuld bevægelsesfrihed herved indtræder, argumenterer han for, at flygtningen derved får *lovlig tilstedeværelse* og *lovligt ophold* og som følge heraf ret til det fulde rettighedskatalog i konventionens anden og tredje fase.²⁹ Det mener Grahl-Madsen, til trods for, at konventionen forholder sig til, om stater tidsubegrænset kan nægte at tildele uønskede flygtninge *lovlig tilstedeværelse* – også i de tilfælde, hvor der ikke er udsigt til, at de kan opnå indrejse til andet sikkert tredjeland.³⁰

For så vidt angår adgangen til at udvise en sådan flygtning, der på denne måde har opnået ret til ophold ved udløbet af adgangen til at gøre begrænsninger i bevægelsesfriheden, antager Grahl-Madsen, at der efter en årrække (formentlig tre år) kan siges at være opnået en sådan fasthed for den uønskede flygtningens tilknytning til landet, at vedkommende ikke kan udsendes. Det gælder også, hvis et andet sikkert land efter nogle år ønsker at tilbyde beskyttelse. Adgangen til at udvise vedkommende må derfor afskæres ud fra hensynet til, at konventionen ellers vil miste sin værdi. Det begrundes med en antagelse om, at forholdene i det pågældende land, der har tålt vedkommende, har stabiliseret sig efter den årrække, og at flygtningens interesse i at blive i landet må veje tungere

²⁹ Ibid, 437.

³⁰ Ibid, 364f.

end nationale modhensyn.³¹ En sådan fortolkning afskærer i grunden ikke udvisning i medfør af artikel 32, så længe hensynet til statens sikkerhed og national orden taler herfor. Bevisbyrden må imidlertid forventes at være svær at løfte, hvis flygtningen har opholdt sig i landet i en årrække uden at have begået forbrydelser i perioden.

Grahl-Madsen anerkender, at det er uhensigtsmæssigt, at en illegalt indrejst flygtning ved at bryde nationale udlændingeregler over tid alligevel kan opnå ret til *lovlig tilstedeværelse* og derved opnå beskyttelse mod udvisning i medfør af artikel 32, såfremt det ikke lykkes staten at udvise eller give flygtningen asyl i et sikkert tredjeland. Fortolkningen betyder, at staten ikke kan gøre andet end at sanktionere den illegale indrejse i en vis periode, og på længere sigt acceptere den uønskede flygtning i landet.³² At flygtninge, til trods for illegal indrejse, kan opnå ret til lovligt ophold, såfremt de ikke kan udvises, kan virke besynderlig ud fra betragtninger om, at stater eksplicit har udeladt at lave klare forpligtelser, der tilsiger, at flygtninge selv kan vælge asylland. Set i et større perspektiv kan en sådan indfortolket implicit ret for illegalt indrejste flygtninge til frit at vælge asylland sikre en bedre fordeling af flygtninge i lande længere væk fra konfliktområder. Samtidig kan det også betyde, at flygtningekonventionen udvides fra at være en konvention, der sikrer den umiddelbare ret til beskyttelse til at være en konvention, som giver en ubegrænset ret for flygtninge til at migrere til det land, som har den højeste levestandard. En sådan fortolkning giver derfor den uhensigtsmæssige følge, at brud på mere velstående landes udlændingeregler legitimeres og på længere sigt kan give afgørende skadelige

³¹ Ibid.

³² Atle Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law* (bind II, 1972, A.W. Sijthoff) 438f.

incitamentet til at søge lykken i lande, som ikke har mulighed for at udvise flygtningen så snart flygtningen er kommet over grænsen. Som svar på en sådan kritik skriver Grahl-Madsen; ”But such is the system, and apart from punishing his act, there is not much the authorities can do”.³³ Det bagvedliggende argument er, at det aldrig har været flygtningekonventionens formål at skabe en underprivilegeret gruppe, der må ligge under for staters fikse idéer. Det skyldes, at konventionen modsætningsvist bygger på forudsætningen om, at stater skal beskytte de illegale flygtninge, da de er særligt udsatte. Samlet finder Grahl-Madsen, at så længe statens sikkerhed og offentlige orden ikke er truet af flygtninge, må de humanitære hensyn veje tungere end mere retlige betragtninger.³⁴

3.2.2. Tildeling af anden og tredjefaserettigheder ikke reguleret i konventionen

Modsat Grahl-Madsens udlægning står en mere konservativ fortolkning, der ikke finder, at konventionen har reguleret overgangen til anden og tredjefaserettigheder. Herved forstås, at kompetencen til at tildele anden- og tredjefaserettigheder fuldt ud er overladt til modtagerlandets skøn. Sådanne fortolkninger findes hos værker af Poul Weis (1995) og Gregor Noll (2011).

Ifølge Weis giver artikel 31, stk. 1, ikke noget svar på, hvad der skal ske med en flygtning, hvis ophold ikke lovliggøres af modtagerlandet, og som ikke kan udsendes i situationer, hvor ingen stater kan eller vil tage imod

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

vedkommende. Derfor gælder der ingen forpligtelse til at lovliggøre tilstedeværelsen eller afholde sig fra at idømme vedkommende udvisning.³⁵

I Zimmermanns kommentar til konventionen fra 2011 skriver Noll om artikel 31, stk. 1, at bestemmelsen *udelukkende* omhandler straffrihed for illegal indrejse, og at bestemmelsen *ikke* regulerer, hverken eksplicit eller implicit, om en flygtning selv kan vælge asylsøgn, dvs. kan få krav på ophold i modtagerlandet og i medfør af konventionen gøre krav på beskyttelse mod udvisning til et sikkert tredjeland. Heller ikke artikel 31, stk. 2, regulerer andet end adgangen til at foretage nødvendige begrænsninger i bevægelsesfriheden, indtil lovlig tilstedeværelse er tildelt. Der er ingen ydre grænse for, hvor længe begrænsninger i bevægelsesfrihed kan pålægges en flygtning, såfremt betingelserne er opfyldt, herunder proportionalitet, jf. stk. 2, første led, og tilstrækkelig tid og assistance til at opnå indrejse i et andet land, jf. stk. 2, andet led.³⁶ Artikel 31 giver derfor ikke svar på, hvad der efter national ret skal til for at lovliggøre tilstedeværelsen, eller bestemmer, om der ultimativt må gælde nogen forpligtelse til at lovliggøre opholdet, hvis ingen anden stat vil tage imod flygtningen.³⁷ En bestemmelse om et så kompliceret og centralt spørgsmål er ifølge Noll udeladt af konventionen. I og med det følger af princippet i folkeretten om, at staters forpligtelser over for individuelle personer må være af en vis klarhed for at have bindende virkning, kan artikel 31, stk. 1, ikke anses for at give forpligtelser i en sådan henseende. Det er ifølge Noll således åbenlyst, at der ikke gælder en pligt

³⁵ Paul Weis, 'The Refugee Convention, 1951 – The Travaux Préparatoires analysed with a commentary by dr. Paul Weis' (1995) 303.

³⁶ Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary* (2011, Oxford University Press) 1246.

³⁷ Ibid.

til lovliggørelse af flygtninges ophold.³⁸ Dette udelukker ikke, at *enhver* flygtning er beskyttet mod refoulement i artikel 33 og opnår ret til førstefaserettigheder.

Noll anerkender, at artikel 31 ikke kan give noget fyldestgørende svar på, hvad retsstillingen er for flygtninge, der ikke tildeles lovlig tilstedeværelse, andet end, at spørgsmålet må anses for ureguleret. Afslutningsvis oprundes spørgsmålet med følgende meget sigende beskrivelse: "There is a residual, though, to which the current state of the law outrageously fails to attend".³⁹

3.2.3. Diskussion

Grahl-Madsens fortolkning af artikel 31, stk. 2, er hensigtsmæssig, da den løser problemet med, at uønskede flygtninge risikerer aldrig at få adgang til anden- og tredjefasefaserettigheder, som er afgørende for at give flygtninge en fremtid og varig beskyttelse til at skabe sig et værdigt liv. Fortolkningen har rimelighed og logik bag sig, eftersom det bør ligge staten til last – og *ikke* den sårbare flygtning – at der ikke kan foranstalles asyl i et tredjeland eller gennemføres en udvisning. Det er således et meget rimeligt resultat, at modtagerlandet får en vis periode til at forsøge at udvise den uønskede flygtning, og såfremt dette ikke lykkes inden for en vis periode (eksempelvis 3 år), må modtagerlandet bære risikoen og acceptere den uønskede flygtning på territoriet med det fulde rettighedskatalog i medfør af flygtningekonventionen.

Imod fortolkningen taler, at den mangler grundlag i flygtningekonventionens ordlyd. Fortolkningen bygger på, at udløbet af den periode, hvor der kan gøres nødvendige begrænsninger i bevægelsesfriheden i medfør af artikel 31, stk. 2, *automatisk* medfører, at flygtningen har ret til status

³⁸ Ibid, 1254.

³⁹ Ibid, 1276.

af *lovlig tilstedeværelse*. Den slutning savner grundlag i ordlyden, der udelukkende angiver, at indgreb i bevægelsesfriheden begrænses af et krav om nødvendighed indtil opholdsstatus er normaliseret. Ordlyden udelukker derfor ikke, at en flygtning nægtes yderligere rettigheder ved at undlade at lovliggøre vedkommendes tilstedeværelse, selvom vedkommende over tid kun må udsættes for meget milde indgreb i bevægelsesfriheden eller helt sættes på fri fod.

Det væsentlige og afgørende spørgsmål, om modtagerlandets regulering af tildeling af lovlig tilstedeværelse, er således udeladt af teksten, hvilket er svært at forestille sig har været tilfældigt. Havde staterne ønsket at pådrage sig klare forpligtelser og internationalretlig regulering af deres ellers statslige prærogativ på udlændingeområdet, må det forventes at have fremgået mere klart. Ordlyden taler derfor imod, at staterne har afgivet sin kompetence til suverænt at afgøre lovligheden af flygtninges tilstedeværelse.

Fortolkningen indebærer også, at en uønsket flygtning ved bevidst i tilstrækkelig lang tid at udfordre den nationale retsorden opnår en bedre retsstilling end vedkommende ellers havde haft. Fortolkningen legitimerer brud på den nationale retsorden, hvis blot varigheden er lang nok, ved at give en retsstilling, som ellers ikke var berettiget. En sådan legitimation af lovbrud og underminering af national retsorden har formentlig ikke været staternes hensigt.

Dernæst indebærer fortolkningen *mutatis mutandis*, at en flygtning i praksis selv vil kunne vælge asyl og opnå ret til fuld integration og varig beskyttelse, da modtagerlandet ikke kan gøre andet end at acceptere flygtningen over tid. En ret til at vælge asyl eller ret til det fulde rettighedskatalog synes ikke at være den gængse opfattelse.⁴⁰ Det synes derimod at være, at

⁴⁰ Der henvises til afgrænsning af begrebet asyl i afsnit 1.2.

flygtningekonventionen pålægger stater en *negativ forpligtelse* til ikke at afvise eller sende flygtninge tilbage til et sted, hvor de risikerer forfølgelse, jf. *nonrefoulementprincippet* i konventionens artikel 33, stk. 1.⁴¹ Forpligtelsen til at sikre flygtninge mod refoulement betyder i praksis, at stater implicit skal realitetsbehandle en indgivet asylanmodning for at afklare, hvem der er omfattet af beskyttelsen.⁴² Efter realitetsbehandling af en asylanmodning, der bekræfter flygtningestatusen, består der således ikke som sådan en pligt for stater ud over non-refoulement. Konventionen bygger på princippet om non-refoulement, der sikrer *enhver* mod at blive sendt tilbage til et område, hvor vedkommendes liv og frihed er i fare. I og med artikel 32 om udvisning først indtræder ved lovlig tilstedeværelse, følger det eksplicit af konventionen, at der ikke gælder en ret for flygtningen til at vælge asylland, da modtagerlandet efter konventionen må forsøge at udvise vedkommende og derved sikre beskyttelse i et andet land.

Sidst taler det afgørende imod Grahl-Madsens fortolkning, at spørgsmålet om ret til varig ophold og det fulde rettighedskatalog er en indgribende forpligtelse for stater. For at pålægge en stat en folkeretlig pligt over for enkeltindivider, må der kræves en klar ordlyd. Spørgsmålet om tildeling af varigt ophold og beskyttelse mod udvisning har fra vedtagelsen af konventionen i 1951 til i dag været et yderst politisk følsomt spørgsmål, da det vedrører kernen af staternes selvbestemmelse – om hvem der skal være en del af deres nationale fællesskab.

Diskussionen om der gælder en pligt for lande til over tid at tildele det fulde rettighedskatalog til flygtninge, må afgøres i medfør af principperne for

⁴¹ Bjørn Dilou Jacobsen mfl., *Udlændingeret* (2017, 4. udgave, DJØF forlag) 159f, Thomas Gammeltoft-Hansen, *Hvordan løser vi flygtningekrisen?* (2016, Informations Forlag) 54.

⁴² Ibid.

konventionsfortolkning i Wienerkonventionens artikel 31-32. I medfør af artikel 31, stk. 1, skal en traktat ”fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og blive belyst gennem dens hensigt og formål”.

3.2.3.1. Ordlyd

Ud fra ordlyden af flygtningekonventionens artikel 31, må det lægges til grund, at den sædvanlige betydning af tildeling af *lovlig tilstedeværelse* og *lovligt ophold* er overladt til modtagerlandet at regulere i national ret. Tildeling af andenfaserettigheder må antages første at finde sted, når modtagerlandet giver tilladelse (”authorization”) til ophold, eller når den illegalt indrejste flygtnings opholdsstatus er blevet normaliseret (”regularized”). Derefter må det ud fra konventionens sammenhæng, hensigt og formål antages, at konventionens primære formål har været at regulere ansvaret for den grundlæggende beskyttelse mod refoulement for *enhver* flygtning. Det har derfor været konventionens primære formål at regulere den grundlæggende beskyttelse for alle flygtninge uden at regulere og begrænse staters suverænitet til at give permanent opholdstilladelse og vælge, hvem der skal integreres og blive en del af samfundslivet.

3.2.3.2. Præambel

I medfør af Wienerkonventionens artikel 31, stk. 2, skal fortolkningen endvidere tage højde for traktatens præambel og bilag. Af flygtningekonventionens præambel anbefaling *d-e* anbefales, at stater handler i konventionens ånd ved at samarbejde om at give flygtninge beskyttelse og varig bosættelse, og *håber*, at stater vil handle ud over deres forpligtelser i konventionen ved at give den fulde beskyttelse. Præambelen ser ved sit brug af ordene *anbefale* og *håbe* ud til at bekræfte den sædvanlige betydning, at der *ikke*

gælder en pligt til at give den fulde beskyttelse, men at den fulde beskyttelse er det anbefalelsesværdige og ønskværdige fra konferencens side.

Forarbejder

Wienerkonventionens artikel 32 angiver, at forarbejder kan inddrages til at fastslå betydningen, hvis fortolkningen efter ordlyden og præambelen efterlader betydning som flertydig, uklar eller et åbenbart meningsløst eller urimeligt resultat. Af forarbejderne fremgår det om artikel 31, stk. 1, at der blev stillet spørgsmål til og foregik drøftelser om, hvorvidt bestemmelsen om straffrihed for illegal indrejse burde indebære en pligt til at give ”territoriant asyl”.⁴³ Under forhandlingerne foreslog den Colombianske delegation en bestemmelse med følgende ordlyd: ”The Contracting States may grant territorial asylum to a refugee”. Delegationen tilføjede, at man derved ikke anså der for at gælde en forpligtelse for stater til at tildele asyl. Modsætningsvist udtalte Frankrig, at man anså der for at gælde en forpligtelse til asyl, dog forstået ved, at udvisning til hjemland (refoulementforbuddet) skulle gælde enhver, uanset om indrejsen var sket illegalt.⁴⁴ Canada tilføjede, at man ikke anså artikel 26 (sidenhen artikel 31) for at begrænse retten til at udvise flygtninge, uanset om de var omfattet af beskyttelsen mod sanktioner for illegal indrejse:

“Mr. Chance (Canada) observed that there appeared to be a certain amount of anxiety about the interpretation to be placed on the word "penalties" in paragraph 1 of article 26, an anxiety which centred round the question whether a State would by

⁴³ Under møder og diskussioner på Conference of Plenipotentiaries i Geneve juli 1951. UN Doc. A/Conf.2 SR.13.

⁴⁴ UN Doc. A/Conf.2 SR.13.

virtue of that article forfeit its right to expel refugees who had illegally entered its territory. Knowing the background of the previous discussions on the subject, he did not share that anxiety, and would not wish to suggest any modification to the text. In fact, he would be satisfied if it were made clear that the consensus of opinion was that the right to which he had referred would not be prejudiced by adoption of article 26; indeed, he would even regard silence on the part of the Conference on that point as endorsement of his view.” (min fremhævelse)⁴⁵

Belgien og Storbritannien tilsluttede sig Canadas fortolkning og fastholdt, at konventionen ikke beskyttede illegalt indrejste mod udvisning⁴⁶:

“Mr. Hoare (Storbritannien) [...] The right of asylum, in the view of the United Kingdom delegation, was only a right, belonging to the State, to grant or refuse asylum not a right belonging to the individual and entitling him to insist on its being extended to him. Article 26 therefore had nothing to do with the question of the right of asylum. The Belgian, Canadian and United Kingdom delegations interpreted the word "penalties" in paragraph 1 as referring to penalties impossible by law on a charge of illegal entry, and as being in no way concerned with the right of the State to grant or refuse asylum. He hoped that that view would be confirmed by the Conference; otherwise

⁴⁵ UN Doc. A/Conf.2 SR.13.

⁴⁶ Ibid.

the United Kingdom Government might not be able to support article 26.”⁴⁷ (min fremhævelse)

Holland tilsluttede sig også og tilføjede, at “in view of the Canadian representative's statement at the preceding meeting, that he would interpret the silence of representatives as tacit approval of the Canadian Government's interpretation of article 26, he would remain silent”⁴⁸ (min fremhævelse). På baggrund af diskussionen fandt Colombia, at der ikke var bred opbakning til deres forslag om eksplicit at nævne spørgsmålet om “territorial asyl” og trak forslaget tilbage med ordene om, at ”granting of asylum remained a matter for the discretion of individual States”.

Efterfølgende tog Australien ordet og berettede, hvordan landet under anden verdenskrig havde modtaget et stort antal illegale flygtninge fra Asien, som man havde anset for flygtninge og givet ligebehandling. Imidlertid stod man i dag med det problem, at mange illegale immigranter nu krævede flygtningestatus og afviste at rejse hjem. Derfor fandt man spørgsmålet om, hvorvidt artikel 31 kunne medføre en pligt til asyl, for afgørende for om man kunne støtte dette.⁴⁹

På baggrund diskussionen på den lovgivende forsamling understøtter travaux préparatoires derfor til fulde, at et forslag om eksplicit fremhævelse af ret til asyl blev forkastet, og at den generelle forståelse af artikel 31, stk. 1, om straffrihed for illegal indrejse, ikke blev anset for at beskytte mod udvisning. Udvisning måtte naturligvis stadig respektere non-refoulement. På baggrund af enigheden om den Canadiske fortolkning viser forarbejderne, at emnet om ret

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ UN Doc. A/Conf.2 SR.14.

⁴⁹ Ibid.

til asyl – og derved varigt ophold i modtagerlandet og pligt til tildeling af det fulde rettighedskatalog – var et følsomt emne for mange lande. Det statslige prærogativ om kontrol med indrejse blev derfor anset for opretholdt og ikke fraveget ved vedtagelse af artikel 31, stk. 1.

3.2.3.3. Retspraksis

Også retspraksis kan efter Wienerkonventionens artikel 31, stk. 3, inddrages i fortolkningen. Da der hverken er nedsat en flygtningeretsdomstol eller har været sager ved Den Internationale Domstol (ICJ), findes der ikke nogen ensartet folkeretligt bindende praksis om fortolkning af konventionen.⁵⁰ Imidlertid findes der praksis fra nationale domstole, som fortolker konventionen i relation til det pågældende lands forpligtelser. Sådan national praksis er i grunden ikke bindende for andre stater, men kan give en idé om, hvorledes konventionen fortolkes. Flygtningekonventionen står derfor i den uheldige situation, at der ikke findes nogen autoritativ fortolkning, men at der i stedet sker en fortolkning ved nationale domstole.

Den tilgængelige retspraksis fra nationale domstole ser ud til at underbygge den sædvanlige betydning af ordlyden. Som en af de ofte refererede afgørelser står US Court of Appeal, der i *Chin Ming mod Marks (1974)*⁵¹ udtalte, at den eneste rationelle fortolkning af "[...] the term 'lawfully in their territory' in Article 32 is one consistent with the definition of unlawfulness in Article 31 as involving the status of being in a nation 'without authorization'.

⁵⁰ Jane McAdam, 'Interpretation of the 1951 Convention' i Andreas Zimmermann, *The 1951 Convention on the Status of Refugees and its 1967 Protocol, A Commentary* (2011, Oxford University Press) 77.

⁵¹ *Chin Ming mod Marks*, 505 F. 2.d 1179 (1974) US Court of Appeal, som citeret i The Office of the Legal Adviser, 'Digest of United States Practice in International Law' (1974), 114.

Since a nation's immigration laws provide authorization, one lawfully in the country is in violation of those laws.”

Også The Full Federal Court of Australia udtalte i *Rajendran* (1998)⁵² at manglende tildeling af visum vil medføre, at den pågældende “will cease both to be lawfully in Australia and to be able to invoke Article 32”. Lignende fortolkninger findes ved afgørelser fra det britiske House of Lords i *Bugdaycay* (1987)⁵³ og af the English Court of Appeal (2001).⁵⁴ I sidstnævnte udtalte retten, at “the contracting parties to the Convention wished to reserve to themselves the right to determine conditions of entry, at least in cases not covered by the Refugee Convention”.⁵⁵

National retspraksis ser således ikke ud til at understøtte en bredere humanitær formålsfortolkning, men bekræfter i stedet, at stater har ønsket at bevare kompetencen til at udvise flygtninge som led i, hvad der traditionelt anses for en afgørende mekanisme i staternes kontrol med udlændinges indrejse og ophold.⁵⁶

På baggrund af den sædvanlige ordlyd, forarbejder, kontekst og national retspraksis kan det konkluderes, at der ikke af flygtningekonventionen kan

⁵² *Rajendran v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, (1998) 166 ALR 619 (Aus. FFC, Sept. 4, 1998).

⁵³ *R v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Bugdaycay*, [1987] AC 514 (UK HL, Feb. 19, 1987).

⁵⁴ *Kaya v. Haringey London Borough Council*, [2001] EWCA Civ 677 (Eng. CA, May 1, 2001).

⁵⁵ *Ibid*, afsnit 31.

⁵⁶ Héléne Lambert, ‘The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights’, (2007, Human Rights File no. 8) 17.

udledes nogen pligt for stater til over tid at tildele flygtninge anden- og tredjefaserettigheder.

4. Konklusion

Flygtningekonventionen og EMRK giver som udgangspunkt mulighed for at gennemføre et såkaldt asylstop, hvorefter anerkendte, men illegalt indrejste, flygtninge ikke tildeles det fulde katalog af rettigheder i medfør af EMRK og flygtningekonventionen. Det følger af, at stater ikke er forpligtet til at tildele varig opholdstilladelse efter national ret og kan nøjes med udelukkende at accepteres flygtninge på deres territorium, indtil udsendelse til hjemland eller tildeling af asyl i sikkert tredjeland lovligt kan gennemføres. Såfremt udsendelse efter en årrække stadig ikke kan eksekveres, giver hverken EMRK eller flygtningekonventionen en pligt for modtagerlandet til at give det fulde rettighedskatalog i flygtningekonventionen eller til at lovgive flygtningens opholdsstatus i landet. Analysen viser således, at stater i væsentligt omfang har fastholdt det statslige prærogativ om regulering af indrejse og ophold og derved undgået klare forpligtelser til at give lovligt og varigt ophold, der er afgørende for, at flygtninge kan nyde det fulde rettighedskatalog. Imidlertid giver begge konventioner visse minimumsrettigheder som stater – uanset nægtelse af varigt ophold – skal tildele. Det gælder særligt efter EMRK beskyttelse mod nedværdigende og umenneskelig behandling og mod non-refoulement (artikel 3), ret til frihed og sikkerhed (artikel 5), retfærdig rettergang (artikel 6), ret til privat- og familieliv (artikel 8), indgåelse af ægteskab (artikel 12), samt ret til uddannelse (TP1 artikel 2). I medfør af artikel 3 og 8 kan der gælde en *negativ forpligtelse* til at afstå fra udvisning men ikke en ret til ophold. Endvidere skal stater efter flygtningekonventionen – uanset asylstop – respektere refoulementforbuddet (artikel 33), ret til basisuddannelse (artikel 22) og ligebehandling (artikel 3). Flygtningekonventionens øvrige rettigheder i medfør

af anden og tredje fase kan modtagerlandet tidsubegrænset nægte flygtninge, herunder omkostningsfulde rettigheder som ret til arbejde, selvstændig erhverv, bolig hjælp og sociale ydelser, da konventionen ikke regulerer overgangen mellem faserne og har overladt skønnet hertil til den kontraherende stat. Det skyldes, at hverken ordlyd, præambel, forarbejder eller national retspraksis understøtter, at det statslige prærogativ om statens ret til kontrol med udlændinge, herunder flygtnings indrejse og ophold med de begrænsninger, er fraveget.

Sættes asylstop i et større perspektiv, vil ordningen være et paradigmeskifte i mange landes flygtningepolitik, hvor man ofte har prioriteret og anerkendt den enkelte flygtnings behov for hjælp ud fra betragtninger om menneskets værdighed, uanset flygtnings migration fra første sikre asylland. Asylstop vil betyde, at hensynet til kontrol med flygtningsstrømme, bekæmpelse af menneskesmugling og illegal indrejse vil blive sat over det enkelte menneskes værdighed og mulighed for at skabe sig en tilværelse og et meningsfuldt liv som flygtning. Et asylstop kan anses for hensigtsmæssigt, hvis det reelt mindsker sekundær migration. En sådan effekt er imidlertid ikke givet, og de personlige omkostninger for de berørte individer, som tidsubegrænset underkastes tålt ophold som led i et asylstop vil være høje.

Det er imidlertid svært at kritisere lande for brud på EMRK og Flygtningekonventionen ved at indføre asylstop, da asylstop som vist er i overensstemmelse med den grundlæggende forudsætning, der altid har været gældende for flygtningeretten – *at der ikke gælder en ret til selv at vælge beskyttelsesland*. Flygtninge må tage til takke med ofte at leve under dårlige forhold, så længe det første modtagerland garanterer for den personlig frihed og sikkerhed. Der gælder ingen ret til at søge lykken ved migration til mere fjerntliggende og velstående lande, og såfremt en sådan rejse foretages, hviler

risikoen for succeszen af en sådan migration på flygtningen. Valget om asylstop er derfor i høj grad et menneskeligt og politisk spørgsmål.

Sættes retsstillingen i et dansk perspektiv, har Danmark i højere grad end andre europæiske lande mulighed for at gennemføre asylstop i kraft af retsforbeholdet. Andre europæiske lande har ikke samme adgang, da flygtningepolitikken er omfattet af unionens kompetenceområde. Imidlertid vil et asylstop, foruden en lang række andre problemstillinger, som denne artikel ikke behandler, blandt andet kræve udtræden af Dublin-samarbejdet, der forpligter Danmark til at tage ansvar for flygtninge, der ikke tidligere er blevet registreret, og derfor første gang registreres i Danmark. Det er netop disse flygtninge et asylstop ville rette sig imod. Ved udtræden af Dublin kan Danmark imidlertid risikere at blive en magnet for asylansøgere⁵⁷, der er afvist i andre lande, medmindre der etableres parallelle aftaler om udveksling uden om Dublin-samarbejdet med nabolande som de pågældende flygtninge har gennemrejst. Om, hvorvidt udsigterne til parallelaftaler til Dublin er gode eller ej, vil kræve videre undersøgelser.

⁵⁷ Inger Støjberg, Førstebehandling, B 106 Forslag til folketingsbeslutning om aktivering af nødbremsen til afvisning af asylansøgere ved grænsen. FT Samling: 2017-18.