



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Anastasia Martin

Att söka asyl i ett land, men hamna i ett annat
– Externaliserade asylprocesser i förhållande till skyddet av
männsliga rättigheter inom den internationella flyktingrätten

Särtryck ur häfte 1/2024

ATT SÖKA ASYL I ETT LAND, MEN HAMNA I ETT ANNAT

– EXTERNALISERADE ASYLPROCESSER I FÖRHÅLLANDE TILL SKYDDET AV MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER INOM DEN INTERNATIONELLA FLYKTINGRÄTTEN

Av Anastasia Martin¹

Få rättsområden är lika kontroversiella, komplexa och dynamiska som migrationsrätten. Ständigt omdebatterad, ständigt kritiserad – är nationella regler inte för generösa, är de för snäva. I flera europeiska länder hårdnar nu villkoren för migranter och flyktingar, något som bland annat kommer till uttryck i Storbritanniens pågående försök att lansera en policy där asylsökande överförs från brittisk mark till Rwanda för rättslig prövning. Kritiken har inte låtit sig vänta – såväl nationell som internationell domstol menar att denna så kallade externalisering strider mot grundläggande mänskliga rättigheter. Samtidigt är externalisering inget nytt påfund, utan har sedan länge gällt nästan undantagslöst i bland annat det australiensiska flyktingmottagandet. Med avstamp i denna rättsliga paradox och Australiens hantering av flyktingar kommer följande arbete att behandla staters svängrum i fråga om externalisering av asylprocess och huruvida dessa åtgärder överhuvudtaget är förenliga med internationell flyktingrätt.

I. INLEDNING

I.1 BAKGRUND

Gränsdragningen mellan internationell flyktingrätt och staters suveränitet har länge varit kontroversiell, inte sällan på grund av staters ovilja att kompromissa om frågor som begränsar deras självbestämmande.² Trots ett till synes omfattande internationellt regelverk i syfte att värna om rättigheter för människor på flykt, tycks den växande trenden bland många destinationsstater vara att avsäga sig sitt folkrättsliga ansvar genom olika varianter av mer eller mindre innovativa rättsliga konstruktioner. En särskilt kontroversiell sådan utgörs av så kallad extern-

¹ Juriststuderande vid Uppsala universitet med förväntad examen i juni 2024. Artikeln är en omarbetning av min uppsats i kursen Mänsklig säkerhet: folkrätt, mänskliga rättigheter, humanitär rätt. Stort tack till artikelredaktör Rakel Rosshagen samt de anonyma granskare som genom JP:s försorg bidragit med värdefulla synpunkter på texten. Jag vill även tacka Julia Norman och Gabriel Carlsson för att ni tålmodigt korrekturläst min text, trots att den handlar om ett ämne som ligger väldigt långt från obestånds- respektive skatterätten.

² Gammeltoft-Hansen, T., "Extraterritorial migration control" i *Research Handbook on International Law and Migration*, uppl. 1, Bauloz, C., Chetail, V., (red.), Cheltenham, Edward Elgar, 2014, s. 114–115.

alisering, en slags *outsourcing* eller åtgärd där den asylsökande omlokaliseras till ett annat territorium än destinationsstatens egna.³

Frågan om externalisering har nyligen kommit att särskilt uppmärksammas i samband med den brittiska regeringens upprepade försök att sjösätta den i svenska medier så kallade Rwandaplanen.⁴ I korthet innebär planen ett samarbete mellan Storbritannien och Rwanda med den praktiska innebörden att asylsökande i Storbritannien ska sändas till Rwanda för prövning av sina skyddsbehov.⁵ Trots att såväl Europadomstolen som brittiska *Supreme Court* hittills blockerat samtliga försök att förverkliga planen⁶ har lagförslaget nu landat i knäna på de brittiska parlamentsledamöterna, vilka i skrivande stund har tagit ställning till huruvida förslaget ska bli verklighet.⁷

En annan stat som ofta kommer på tal gällande externalisering av asylprocesser är Australien, vars befintliga flyktingpolitik bygger på att återsända eller överföra den som närmar sig landet – antingen tillbaka dit personen kom från, eller till närliggande tredjeländer för asylprövning.⁸ De personer som kommit att överföras har placerats i förvar på Nauru eller Papua Nya Guinea.⁹ I skrivande stund, januari 2024, råder det oklarheter om antalet personer som befinner sig i förvar på öarna.¹⁰

3 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, uppl. 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, s. 15–16.

4 Se exempelvis Yngve, M., "Sunaks Rwanda-plan fick ett svagt ja", Svenska Dagbladets webbplats, besökt 3 april 2024; BBC, "What is the UK's plan to send asylum seekers to Rwanda?", BBC:s webbplats, besökt 3 april 2024 samt Mattsson, P., Rensmo, M., "Ja till Sunaks omstridda Rwanda-plan", Sveriges radios webbplats, besökt 3 april 2024.

5 Mattsson, P., "Nytt brittiskt ja till att skicka asylsökande till Rwanda", Sveriges radios webbplats, besökt 3 april 2024.

6 Europadomstolen har meddelat ett interimistiskt beslut i det ännu inte avgjorda målet *N.S.K. mot Storbritannien*. Se pressmeddelande publicerat den 14 juni 2022. Vidare slog brittiska *Supreme Court* fast att ett överflyttande av en asylsökande till Rwanda innebär en reell risk för skyddsgrundande behandling i strid med principen om *non-refoulement* och därtill art. 3 i Europakonventionen, se *AAA and others, R v Secretary of State for the Home Department* [2023] UKSC 42.

7 UK Parliament, "Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill", UK Parlaments webbplats, besökt 3 april 2024.

8 Australian Government, "Operation Sovereign Borders", Australian Government, Department of Home Affairs' webbplats, besökt 3 april 2024.

9 En förvisso partisk men ändå relativt översiktlig sammanfattning: Tooby, N., "Australia Evacuates Last Refugee on Nauru", publicerad på Human Rights Watch webbplats, besökt 3 april 2024.

10 Se Karp, P., "Child among asylum seekers returned to country of origin after being sent from Australia to Nauru", publicerad på The Guardians webbplats, besökt 3 april 2024. Se även Kuku, R., "Refugees in PNG told they will be evicted next week after Australian-sponsored housing bills not paid", publicerad på The Guardians webbplats, besökt 3 april 2024.

Mot bakgrund av Storbritanniens minst sagt målmedvetna migrationspolitiska förändringar finns anledning att utreda den rättsliga dubbeltidighet som ligger i externaliseringens natur. Trots att konstruktionen på intet sätt verkar för- enlig med de mest generella principer och rättigheter fortsätter den vinna mark, både genom att såväl upprättas som introduceras i flera länders rättssystem.¹¹ Syftet med det förevarande arbetet är därför att genomlysna förhållandet mellan internationell flyktingrätt och externalisering av asylprövning, exemplifierat genom den australiensiska modellen. Med utgångspunkt i det beskrivna syftet är avsikten att i liten skala undersöka, och i den mån det är möjligt, besvara följande frågeställning: är externalisering av asylprocesser genomförbart på ett sätt som respekterar den internationella flyktingrätten?

1.2 ATT HA MED SIG UNDER LÄSNINGEN

Det kan vara på sin plats att inledningsvis säga något kort om begrepps- användningen. Inom migrations- och flyktingrätten skiljer man i regel mellan de personer som migrerar (migranter), de som flyr inom landets gränser (intern- flyktingar), personer som flytt sitt ursprungsland (flyktingar) samt personer som söker asyl (asylsökande).¹² Inte sällan överlappar dessa ”kategorier” och ofta kan en person beskrivas i mer än en term. Förevarande arbete kommer dock uteslutande att behandla de som till synes har flytt och som *dessutom* sökt asyl i ett annat land.

De som flyr är ingen homogen grupp – tvärtom. Olika förutsättningar i form av ålder, etnicitet, kön, funktion eller sexuell läggning medför varierande grader av sårbarhet hos flyktingar. I denna text är utgångspunkten den vuxna flyktingen och barns särskilda rättigheter kommer således inte att behandlas. Tonvikt ligger på, i den mån det är möjligt, att behandla ”flyktingen” som ett generiskt rätts- objekt och därmed på ett mer allmänt plan.

Vad gäller innebörden av det för texten centrala begreppet externalisering, kan följande sägas. Externalisering av migrationskontroll utgör i grova drag ett sam-

11 Utöver Australien respektive Storbritanniens intresse för externalisering kan härvid nämnas det avtal som slöts mellan EU och Turkiet år 2016, vilket i grova drag tog sikte på att de irreguljära migranter som anlänt till Grekland från Turkiet skulle återsändas till Turkiet för att prövas där. För en sammanfattning av avtalet, se Europeiska rådet, ”Uttalande från EU och Turkiet den 18 mars 2016, publicerat på Europeiska unionens råd (ministerrådet) och Europeiska rådets officiella webbplats, besökt 11 maj 2024. Ett annat exempel är Danmark och den lagändring som år 2021 antogs i syfte att möjliggöra överförande av asylsökande till tredje land, se Lemberg-Pedersen, M., Whyte, Z., Chemlali, A., ”Denmark’s new externalisation law: motives and consequences”, *Forced Migration Review*, no. 68, 2021, s. 36–39.

12 International Organization for Migration, *Glossary on Migration*, International Organization for Migration, Genève, 2019, besökt 3 april 2024.

lingsnamn på de olika, extraterritoriella praktiker som stater vidtar för att kontrollera inflödet av utländska medborgare.¹³ Ett exempel på en sådan praktik är staters viseringskrav, där den som planerar att besöka ett annat land i regel behöver uppsöka landets konsulat eller ambassad i syfte att ansöka om och beviljas besöksvisering.¹⁴ Andra exempel på externalisering av migrationskontroll är det ansvar som åligger flyg-, buss-, och båttransportörer att säkerställa att deras passagerare innehar de tillstånd och ekonomiska medel som krävs för in- respektive utresa,¹⁵ men också stoppandet av migrantbåtar på internationella vatten.¹⁶ Kärnan i externalisering som begrepp ligger således i statens förskjutning av migrationskontrollen snarare än att på egen mark och i egen försorg, hantera ankommande migranter och flyktingar.¹⁷

Avslutningsvis – i fråga om rätten till rörelsefrihet utgör dess frånvaro i denna text en medveten avgränsning. Inom den australiensiska migrationsrätten är det gängse praxis att frihetsberöva den som saknar ett giltigt visum – inbegripet asylsökande flyktingar.¹⁸

2. DEN INTERNATIONELLA FLYKTINGRÄTTEN

2.1 RÄTTSDOMRÅDETS SÄRDRAG

Flyktingrätten utgör tillsammans med migrationsrätten ett särskilt rättsområde inom folkrätten.¹⁹ Utöver att inkludera element från internationella mänskliga rättigheter, straffrätt och humanitär rätt bygger flyktingrätten på såväl nationell som internationell rätt – samtidigt.²⁰ Olika uppfattningar och tolkningar, inte minst på nationell nivå, gör området till en i många aspekter väldigt vid disciplin.²¹

I centrum för flyktingrätten står, föga förvånande, *flyktingen*. Vem som är att betrakta som flykting definieras i 1951 års konvention om flyktingars rättsliga

13 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15–16.

14 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15–16.

15 Jämför härvid det svenska transportöransvaret, vilket regleras i 9 kap. 3-3d §§ samt 19 kap. 2 § utlänningslagen. Se också Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 16.

16 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 16.

17 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 16.

18 Migration Act 1958 (Cth).

19 Thornburn Stern, R., "Migration" i *Makt, myndighet, människa*, uppl. 5, Lerwall, L., (red.), Uppsala, lustus förlag, 2022, s. 44–45.

20 Chetail, V., "The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law" i *Research Handbook on International Law and Migration*, uppl. 1, Bauloz, C., Chetail, V., (red.), Cheltenham, Edward Elgar, 2014, s. 1.

21 Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *The Refugee in International Law*, uppl. 4, Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 98–99.

status (flyktingkonventionen), där det i art. 1A p. 2 stadgas att den som flytt sitt land på grund av välgrundad fruktan för förföljelse och därtill befinner sig utanför landets gränser utan att vilja eller kunna återvända, är att betrakta som flykting. Utöver att definiera flyktingbegreppet är konventionen tillsammans med tilläggsprotokollet från 1967 avsedd att slå vakt om flyktingars rättigheter, oavsett deras ursprungsland.²² I dagsläget har 146 stater undertecknat den rättsligt bindande konventionen,²³ vilken sedermera kommit att utgöra rättsområdets primära rättskälla.²⁴

Trots den till synes universella tillämpligheten i fråga om flyktingars status som rättssubjekt i nästan samtliga av världens stater bygger konventionsrättigheterna i grunden på flyktingens geografiska placering. Flera av rättigheterna i konventionen har länge betraktats som tillämpliga först när flyktingen befinner sig inom (eller på gränsen till) destinationsstatens territorium.²⁵ Denna uppfattning har sedermera fått stöd av bland annat USA:s högsta domstol som i *Sale v. Haitian Centers Council* betonade att flyktingkonventionen varken är, eller var tänkt att vara, extraterritoriellt tillämplig.²⁶ Detta synsätt medför dock en motsägelsefull problematik i förhållande till konventionens faktiska ändamål om att värna den som flyr. Ett stort antal av dagens flyktingar nekas nämligen möjlighet att närma sig sitt tänkta destinationsland, varför flyktingkonventionen inte heller kan tillämpas.²⁷ Samtidigt bör det uppmärksammas att varken konventionen eller rättsområdet i stort innebär en rätt för flyktingen att själv välja vilket land som ska pröva dennes skyddsskäl.²⁸

Uppfattningen om att staters ansvar under flyktingkonventionen enbart sträcker sig till de yttre landsgränserna på ovan beskrivna sätt har dock kommit att byta skepnad under senare tid. Vad som nu till viss del kan betraktas som *de lege lata* har mejslats fram i praxis och bygger på att jurisdiktion föreligger när det aktuella handlandet kan tillskrivas en viss stat, oaktat om det sker inom- eller extraterritoriellt.²⁹ En person är således att betrakta som *inom* en viss stats juris-

22 Se preamble samt art. I i flyktingkonventionen respektive art. I i tilläggsprotokollet.

23 UNHCR, "The 1951 Refugee Convention", UNHCR:s webbplats, besökt 3 april 2024.

24 Goodwin-Gill, G.S., McAdam, J., *The Refugee in International Law*, s. 137.

25 Gammeltoft-Hansen, T., "Extraterritorial migration control" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 115.

26 *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155 (1993).

27 Bantekas, I., Oette, L., *International Human Rights Law and Practice*, uppl. 3, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, s. 51 och s. 606.

28 Amnesty International, "Rätten att söka asyl", Amnesty Sveriges webbplats, besökt 3 april 2024.

29 Se exempelvis *Lopez Burgos v. Uruguay*, CCPR/C/13/D/52/1979, UN Human Rights Committee, 29 juli 1981; *Nicaragua v. United States*, International Court of Justice (ICJ), 27 juni 1986; *Loizidou mot*

diktion när hen är under effektiv kontroll av staten, eller påverkas av de som agerar å statens vägnar.³⁰ Betydelsen av jurisdiktion kommer att behandlas närmare i avsnitt 3.3.

I fråga om regelefterlevnad inom flyktingrätten bör det framhållas att flyktingkonventionen, till skillnad från exempelvis Europakonventionen, saknar ett dömande organ där rättsligt ansvar kan utkrävas av stater som inte bedöms ha uppfyllt sitt ansvar.³¹ Däremot ansvarar FN:s högkommissarie för flyktingar (UNHCR) för att övervaka efterlevnaden av flyktingars rättigheter, och organet publicerar regelbundet rekommendationer för hur stater ska tillämpa flyktingrätten.³² UNHCR:s arbete har dock varit föremål för omfattande kritik, främst riktat mot organets oförmåga att genomdriva mellanstatliga överenskommelser av mer bindande karaktär än dessa rekommendationer.³³

2.2 SAMSPLET MED INTERNATIONELLA MÄNSKLIGA RÄTTIGHETER

2.2.1 FLYKTINGARS RÄTTIGHETSSKYDD

“[...] migrants’ rights are universal and must be respected because migrants’ rights are human rights.”³⁴

I enlighet med grundläggande traktattolkning ska en traktat bland annat tolkas utifrån det sammanhang i vilket den kom till.³⁵ Applicerat på flyktingkonventionen, formulerad i mitten på 1900-talet, innebär en sådan tolkning en reflektion av efterkrigstidens uppfattning om internationella överenskommelser; staten i fokus och tonvikt på dess skyldigheter snarare än människors rättigheter. Först senare kom människors rättigheter att spela en allt större roll –

Turkiet, nr 15318/89, dom meddelad 23 mars 1995 samt *Hirsi Jamaa m.fl. mot Italien*, nr 27765/09, dom meddelad den 23 februari 2012.

30 Lauterpacht, S., Bethlehem, D., “The scope and content of the principle of non-refoulement: Opinion” i *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection*, Feller, E., Nicholson, F., Türk, V., (red.), Cambridge, Cambridge University Press, 2003, s. 110.

31 Chetail, V., “The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law” i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 40.

32 Seidlitz, M., *Asylrätt*, uppl. 3, Stockholm, Norstedts Juridik, 2022, s. 19–20.

33 Milner, J., Ramasubramanyam, J., “The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees” i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 197.

34 Chetail, V., “The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law” i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 67.

35 Se Wienkonventionen art. 31.1 samt Shaw, M.N., *International Law*, uppl. 9, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, s. 813.

flyktingkonventionen var, ändamålet till trots, inte avsedd att primärt utgöra en lagskapande traktat utan snarare en kontraktuell sådan, stater sinsemellan.³⁶

Mot bakgrund av den allt mer framträdande roll som internationella mänskliga rättigheter fått under de senaste årtiondena är den nu gällande uppfattningen att flyktingrättsliga normer ska tolkas dynamiskt, i ljuset av lagskapande och internationella traktat och konventioner om mänskliga rättigheter.³⁷ Denna ”kombination” av rättsområden utgör således det yttersta skyddsnetet för den som flyr, tack vare att det materiella innehållet i ett antal rättighetskataloger fyller ut flyktingrättens luckor.³⁸ Ett exempel kan hämtas från domskälen i Europadomstolens dom *D. mot Storbritannien* från 1997: genom att beakta de konsekvenser som den svårt sjuka klaganden skulle få utstå för det fall man valde att återsända honom till hans ursprungsland, konstaterade domstolen att det vore inhumant att avbryta den medicinska och palliativa vård som han försågs med i Storbritannien.³⁹ Domstolen tolkade därmed grundläggande flyktingrätt i en vidare bemärkelse genom att beaktade klagandens rätt till hälsa, men också rent humanitära och etiska skäl i förhållande till det lidande som han skulle utstå vid en utvisning.⁴⁰

Detta rättighetsorienterade synsätt på flyktingrätten gör att en kumulativ tillämpning med grundläggande tolkningsprinciper om internationella mänskliga rättigheter ofta innebär att den mest skyddande normen ska väljas.⁴¹ Flyktingrättens inbyggda skyddsnet blir således aldrig svagare än skyddet som följer av de mest grundläggande mänskliga rättigheterna.

36 Bantekas, I., Oette, L., *International Human Rights Law and Practice*, s. 6, s. 15 och s. 51. Se även Burson, B., Cantor, D., ”Introduction: Interpreting the Refugee Definition via Human Rights Standards” i *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, Burson, B., Cantor, D., (red.), Leiden, Brill Nijhoff, 2016, s. 3 samt Chetail, V., ”Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law” i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 204–205.

37 Chetail, V., ”Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law” i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 211.

38 Burson, B., Cantor, D., *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*, s. 5–6, Chetail, V., ”The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law” i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 64.

39 Se p. 54 i *D. mot Storbritannien*, nr 30240/96, dom meddelad den 2 maj 1997.

40 Om en flyktings rätt till hälsa, se s. 876 i Gil-Bazo, M-T., Elspeth, G., ”The Right to Asylum” i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021.

41 Chetail, V., ”Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law” i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 212.

2.2.2 PRINCIPEN OM NON-REFOULEMENT

Fundamental för flyktingrätten är principen om *non-refoulement*.⁴² Dess innebörd kommer främst till uttryck i art. 33 flyktingkonventionen, där det stadgas ett förbud mot att avlägsna en flykting till ett område eller land där dennes liv eller frihet skulle hotas eller där hen riskerar att utsättas för tortyr eller liknande behandling.

Ett flertal internationella traktat kan sägas ge uttryck för principen om *non-refoulement*, däribland art. 3 i FN:s konvention mot tortyr.⁴³ Av art. 3 följer ett absolut förbud mot *refoulement* av människor oberoende av rättslig status eller geografisk plats. Europakonventionens art. 3 skyddar på ett liknande sätt alla utlänningar som befinner sig inom en medlemsstats jurisdiktion. Principen om *non-refoulement* återfinns dessutom i art. 7 internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (IKMPR). Internationella bestämmelser likt de exemplifierade är praktiskt tillämpliga och kan få reell effekt för flyktingar. Art. 7 IKMPR har exempelvis tillämpats av FN:s råd för mänskliga rättigheter, då man slog fast att en kränkning av art. 7 skulle anses föreligga för det fall Australien beslutade att utvisa en kinesisk medborgare utan att på ett adekvat sätt försäkra sig om att hon inte riskerade att utsättas för skyddsgrundande behandling.⁴⁴

Slutligen ska framhållas att principen om *non-refoulement* är sedvanerättsligt bindande. Oaktat de ovan nämnda exemplen medför dess sedvanerättsliga innebörd att förbudet omfattar en vidare personkrets än flyktingkonventionen. Flykting eller ej – en person får aldrig återsändas eller på något annat sätt överlämnas till ett land eller område om det finns risk för allvarliga kränkningar av dennes rättigheter.⁴⁵

2.3 INTERNATIONELL ASYL RÄTT

2.3.1 RÄTTENTILLASYL

Att söka asyl, latin för *fristad*,⁴⁶ är en mänsklig rättighet som bland annat kommer till uttryck i art 14.1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.⁴⁷ Artikeln stadgar att ”var och en har rätt att i andra länder söka och åtnjuta asyl från förföljelse”. Liknande formuleringar, om än inte

42 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 44.

43 Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, antagen den 10 december 1984.

44 *Kwok Yin Fong v. Australia*, CCPR/C/97/D/1442/2005, United Nations Human Rights Council, 23 november 2009.

45 Seidlitz, M., *Asylrätt*, s. 22–23.

46 Nationalencyklopedin, ”Asyl”, Nationalencyklopedins webbplats, besökt 3 april 2024.

47 Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, antagen den 10 december 1984.

lika tongivande, återfinns bland annat i generalförsamlingens resolution om territoriell asyl från 1967, Wiendeklarationen och handlingsprogrammet samt i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.⁴⁸ Rätten till asyl nämns däremot inte uttryckligen i flyktingkonventionen – vid dess tillkomst motsatte sig majoriteten av parterna att åläggas en indirekt skyldighet att ta emot asylsökande.⁴⁹

Till skillnad från vad rätten till asyl rent språkligt ger intryck av, innebär asylrätten inte en absolut rätt att beviljas asyl. Annorlunda uttryckt föreligger det enligt internationell rätt ingen rättslig förpliktelse för stater att bevilja en sökande asyl.⁵⁰ Den förpliktelse som däremot åligger stater enligt internationell rätt, är att människor ska ges *möjlighet* att söka asyl. I kombination med principen om *non-refoulement* blir alltså asylrätten, såsom den ska förstås enligt ovan, en indirekt rättighet genom förbudet mot att utvisa flyktingar med skyddsskäl.⁵¹ Samtidigt är FN:s allmänna förklaring inte bindande på samma sätt som de rättsligt utkrävbara artiklarna i exempelvis Europakonventionen, varför det vore mer lämpligt att tala om *ansvar* snarare än *förpliktelse*. Därtill bör tilläggas att även om ett vanligt argument för asylrättens räckvidd är att art. 14.1 i den allmänna förklaringen utgör sedvana, är det svårt att motivera en sådan *opinio juris* i ljuset av det stora antalet stater som vidtar avskräckande åtgärder för att minimera antalet flyktingar.⁵² Bristen på praxis medför ytterligare en praktisk försvagning av asylrättens inflytande på många staters motvillighet kring just rätten till asyl – om det inte finns några reella konsekvenser av att förbise asylrätten, finns det i praktiken inte heller några incitament att följa den.⁵³

2.3.2 ASYLPROCESSEN ENLIGT INTERNATIONELLA MINIMINORMER

Stater har ett relativt stort utrymme att efter egen vilja utforma mottagande och processuell behandling för den som söker asyl.⁵⁴ Samtidigt finns ett antal grund-

48 Se A/RES/2312(XXII), 14 december 1967; A/CONF.157/23, 25 juni 1993; samt EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.

49 Lynch, T., E., "Refugees, Refoulement, and Freedom of Movement: Asylum Seekers' Right to Admission and Territorial Asylum" i *Georgetown Immigration Law Review*, vol. 36, no. 1, 2021, s. 91.

50 Lynch, T., E., "Refugees, Refoulement, and Freedom of Movement: Asylum Seekers' Right to Admission and Territorial Asylum" i *Georgetown Immigration Law Review*, vol. 36, no. 1, 2021, s. 91. s. 87–89; Thorburn Stern, R., "Migration" i *Makt, myndighet, människa*, s. 45–46.

51 Gil-Bazo, M-T., Elspeth, G., "The Right to Asylum" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 874.

52 Gil-Bazo, M-T., Elspeth, G., "The Right to Asylum" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 874.

53 Gil-Bazo, M-T., Elspeth, G., "The Right to Asylum" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 882.

54 Botero, Á., Vedsted-Hansen, J., "Asylum Procedure" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 590–592.

läggande skyddsmekanismer vilka stater är förpliktade att beakta, inte minst i förhållande till flyktingkonventionen.⁵⁵ Det åligger nämligen konventionsparterna att behandla den person som söker asyl och *säger sig* ha skyddsskäl som flykting – såvida man inte i en utredning och efter ett formellt beslut konstaterat att hen inte utgör en flykting i konventionsrättslig mening.⁵⁶ Det ska även noteras att statens ansvar för att inte avvisa eller återsända en person i strid med principen om *non-refoulement* är avhängig en faktisk prövning av personens skyddsskäl – först efter att omständigheterna kring personens eventuella behov av skydd är klarlagda finns utrymme för en stat att i tillämpliga fall och i linje med internationell rätt avvisa eller återsända en person till dess ursprungsland.⁵⁷ Sammantaget bör detta rimligen förstås som att en mottagande stat ska: a) behandla den som påstår sig ha skyddsskäl därefter, såvida inte motsatsen klagörs i en formell utredning, och därmed b) säkerställa att den sökande ges möjlighet att redogöra för sina skyddsskäl. Detta förutsätter dock att en potentiell asylsökande också ges en reell möjlighet att överhuvudtaget kommunicera sin begäran och att den dessutom tas på allvar.

En parallell kan här dras till *Sharifi m.fl. mot Italien och Grekland*, där de två staterna bedömdes ha kränkt såväl art. 3 som art. 13 i Europakonventionen, bland annat genom att inte informerat klagandena om deras rättigheter samt omöjliggjort tillgången till rättslig hjälp, tolkar och myndighetskontakter, vidtagit frihetsberövande åtgärder utan rättslig grund och därtill utsatt klaganden för fysiskt våld.⁵⁸ Tillgång till rättsligt ombud samt kvalificerad och opartisk tolkning har länge betraktats som grundläggande element i asylprocessen.⁵⁹

Till följd av att flyktingkonventionen saknar konkret innehåll avseende processuella frågor och i synnerhet gällande asylansökningar, har miniminormer gradvis utarbetats genom praxis och regionala instrument. Vägledning finns även i allmänna rekommendationer,⁶⁰ däribland UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning (handboken) samt

55 Botero, Á., Vedsted-Hansen, J., "Asylum Procedure" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 593.

56 Vedsted-Hansen, J., "The asylum procedures and the assessment of asylum requests" i *Research Handbook on International Law and Migration*, uppl. I, Bauloz, C., Chetail, V., (red.), Cheltenham, Edward Elgar, 2014, s. 439.

57 Gammeltoft-Hansen, T., Tan, N.F., "Extraterritorial Migration Control and Deterrence" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 506.

58 *Sharifi m.fl. mot Italien och Grekland*, nr 16643/09, dom meddelad den 21 oktober 2014.

59 UNHCR, *Global consultations on International Protection/Third Track: Asylum Processes (Fair and Efficient Asylum Procedures)*, EC/GC/01/12, 31 maj 2001.

60 Vedsted-Hansen, J., "The asylum procedures and the assessment of asylum requests" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 441.

ett antal tillhörande riktlinjer, vilka fungerar som centrala källor för tolkning av flyktingbegreppet med tillhörande rättigheter.⁶¹ I dessa går bland annat att läsa att en prövning av en persons skyddsskäl ska behandlas av kvalificerad personal med kunskap och erfarenhet,⁶² att sammanhanget i vilken utredningen genomförs ska upplevas som förhållandevis tryggt för den sökande⁶³ och att processförfarandet rent generellt inte ska vara rutinmässigt, utan tvärtom utgå från specialistkompetens och en förståelse för den sökandes utsatta situation.⁶⁴

I kombination med det rättighetsorienterade synsättet som tidigare nämnts innebär ovan redogörelse att asylprocessen är omgärdad av ett stort antal skyddsmekanismer i syfte att utforma en prövning som värnar om den sökande. Detta bör dock vägas mot att riktlinjerna och miniminormerna i bästa fall kan betraktas som *soft law*, och att det till syvende och sist är staterna själva som i hög utsträckning avgör hur asylprövningen ska utformas.

3. EXTERNALISERANDE AV ASYLPROCESS

3.1 UPPKOMSTEN AV EXTERNALISERING

Folkkrätten bygger på *stater*: dessa utgör nämligen de primära subjekten på den internationella arenan.⁶⁵ Följaktligen tillskrivs självständiga stater såväl suveränitet som självbestämmande, inte minst avseende det egna territoriet.⁶⁶ Att genom olika medel kontrollera rätten att själv bevaka sina landsgränser och vilka som reser in respektive ut blir dock, som tidigare nämnt, svårförenligt med exempelvis rätten att söka asyl och principen om *non-refoulement* – i vart fall då bevakningen av gränserna präglas av en utestängning. Dessa folkrättsliga åtaganden medför i tillämpliga fall att statens suveränitet får ge vika, en inte sällan oönskad konsekvens.⁶⁷ De i grunden nationella frågorna om gränsfrågor och utlänningspolitik blir därmed internationellt präglade, såväl av traktat- som sedvanerättsliga normer.⁶⁸ Chetail beskriver denna paradox – förverkligandet av

61 Thorburn Stern, R., "Migration" i *Makt, myndighet, människa*, s. 48.

62 Se p. 190 i UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning.

63 HCR/GIP/02/01, 7 maj 2002, p. 35; HCR/GIP/04/06, 28 april 2004, p. 27; HCR/GIP/06/07, 7 april 2006, p. 46; HCR/GIP/09/08, 22 september 2009, p. 58.

64 UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning p. 222.

65 Shaw, M.N., *International Law*, s. 416.

66 Perrochoud, R., "State sovereignty and freedom of movement" i *Foundations of international migration law*, uppl. 1, Opeskin, B., Perrochoud, R., Redpath-Cross, Jillyanne., Cambridge, Cambridge University Press, 2012, s. 123–124.

67 Gammeltoft-Hansen, T., "Extraterritorial migration control" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 114–115.

68 Chetail, V., "The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law" i *Research Handbook on International*

asylrätten och principen om *non-refoulement* i den suveräna statens inhemska lagstiftning – som en av flyktingrättens största utmaningar.⁶⁹ Det nuvarande intresset för flyktingar bland resursstarka stater kan nämligen beskrivas som försvinnande litet, i synnerhet avseende det egna, geografiska territoriet.⁷⁰ Orsakerna till detta anges ofta vara av ekonomiska och säkerhetspolitiska skäl,⁷¹ inte sällan med grund i etniska, religiösa eller ideologiska preferenser.⁷² Den vanligt förekommande parallellen mellan terrorism och utländska medborgare verkar också negativt på staters villighet att ta emot flyktingar.⁷³ Gammeltoft-Hansen och Hamlin menar dessutom att det saknas geopolitiskt strategiska incitament för stater att ta emot flyktingar på det sätt som exempelvis förelåg efter andra världskriget då behovet av bland annat arbetskraft var väldigt stort. De lyfter även problematiken i att koloniala mönster ofta speglas i de politiska åtgärder som vidtas mellan olika länder, framförallt när dessa utgör europeiska stater i förhållande till afrikanska.⁷⁴ Samtidigt är det inte på något sätt anmärkningsvärt att självständiga stater agerar med sitt eget bästa i första hand, utan snarare tvärtom – detta utgör ju själva kärnan i suveränitetsprincipen.⁷⁵ Humanitär hänsyn tenderar dessutom att skifta beroende på geografiskt avstånd och gemensamma beröringspunkter,⁷⁶ en fråga som tydligt speglas i debatten kring staters mottagande av flyktingar från Ukraina respektive andra länder.⁷⁷

Law and Migration, s. 33.

69 Chetail, V., "The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 71.

70 Bantekas, I., Oette, L., *International Human Rights Law and Practice*, s. 606; Gammeltoft-Hansen, T., "Extraterritorial migration control" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 115.

71 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 6.

72 Westra, L., "The Case for Asylum Seekers: Reverting to Human Rights" i *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, uppl. 1, Juss, S., Scovazzi, T., Westra, L., New York, Routledge, 2015, s. 244.

73 Crépeau, F., Atak, I., "National Security, terrorism and the securitization of migration" i *Research Handbook on International Law and Migration*, uppl. 1, Bauloz, C., Chetail, V., (red.), Cheltenham, Edward Elgar, 2014, s. 33.

74 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15; Hamlin, R., "The Politics of International Refugee Law and Protection" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, Costello, C., Foster, M., McAdam, J., (red.), Oxford, Oxford University Press, 2021, s. 100.

75 Chetail, V., "The transnational movement of persons under general international law – Mapping the customary law foundations of international migration law" i *Research Handbook on International Law and Migration*, s. 28.

76 FitzGerald, S.D., *Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, uppl. 1, Oxford, Oxford University Press, 2019, s. 254.

77 Se t.ex P1 Morgon, "Debatt: Skillnad på flyktingar och flyktingar", Sveriges radios webbplats, besökt 3 april 2024 samt Aggestam, J., "Gör vi skillnad på flyktingar och flyktingar?", Forskningsrådet Fortes webbplats, besökt 3 april 2024.

Mot bakgrund av de ovan beskrivna faktorerna ter det sig uppenbart att den rådande trenden i fråga om mottagande av utlänningar, oaktat deras eventuella skyddsskäl, gör avsteg från de ändamål som flyktingrätten bygger på. I stället för att i största möjliga mån värna flyktingen, ligger tonvikten på statens egna preferenser – något som tar sig uttryck i mer restriktiv migrationspolitik och avskräckande åtgärder av olika slag,⁷⁸ varav externalisering är en sådan.⁷⁹ Externalisering av annars inomterritoriella åtgärder kan te sig olika uttryck, men i nu aktuell bemärkelse avses externalisering av den process i vilken en flykting söker asyl och får sin ansökan prövad – med andra ord att den asylsökande flyttas till en annan geografisk plats och får sin ansökan prövad där.⁸⁰ Denna typ av åtgärd utgår oftast från mellanstatliga överenskommelser, inte sällan med inblandning av privata aktörer och kommersiella företag.⁸¹ Ofta är tillvägagångssättet specifikt utformat för att minimera kopplingar till den ursprungliga destinationsstatens jurisdiktion.⁸²

3.2 UTVECKLINGEN AV AUSTRALIENS NUVARANDE POLICY

Under 2001 lanserade den dåvarande australiensiska regeringen *Pacific Solution*; ett åtgärdspaket med det uttryckliga syftet att delegera Australiens ansvar för asylsökande till andra aktörer.⁸³ Inom ramen för *Pacific Solution* träffades överenskommelser med Nauru och Papua Nya Guinea, vilka åtog sig ansvaret för hantering, förvar och prövning av personer som frihetsberövats i samband med att de försökt nå australiensiskt territorium med båt i syfte att söka asyl.⁸⁴ De respektive önationerna ansågs enligt Australien kunna erbjuda effektivt skydd i enlighet med gällande normer avseende mänskliga rättigheter.⁸⁵

Under de efterföljande åren minskade antalet båtar med asylsökande till Australien markant⁸⁶ och i samband med 2007 års regeringskifte beslöt den

78 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15.

79 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15; Westra, L., "After the Flight: International Law and the Rights of Asylum Seekers Today" i *Towards a Refugee Oriented Right of Asylum*, uppl. 1, Juss, S., Scovazzi, T., Westra, L., New York, Routledge, 2015, s. 134–136.

80 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 15–16.

81 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 158.

82 Gammeltoft-Hansen, T., Tan, N.F., "Extraterritorial Migration Control and Deterrence" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 505.

83 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 76–77.

84 Dawson, J., The externalization of Australian refugee policy and the costs for queer asylum seekers and refugees, i *Australian Journal of International Affairs*, 74:3, 2020, s. 331; Parliament of Australia, "Chapter 10 – Pacific Solution: Negotiations and Solutions", p. 10.45 ff, Parliament of Australia's webbplats, besökt den 3 april 2024.

85 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 76.

86 Phillips, J., Spinks, H., "Boat Arrivals in Australia since 1976", Parliament of Australia, Department of Parliamentary Services, 2013, s. 22.

tillträdande australiensiska premiärministern att avveckla *Pacific Solution*. Syftet var att upphöra med externalisering samt föra samtliga kvarvarande personer i Nauru och Papua Nya Guinea till australiensisk mark, där de skulle få sina ärenden prövade.⁸⁷ Kort därpå började antalet asylsökande som försökte närma sig Australien med båt öka markant.⁸⁸ Det stigande antalet båtflyktingar resulterade i att 2013 års regering lanserade *Operation Sovereign Borders*, en än idag gällande migrationspolicy som innebär att australiensiska myndigheter antingen direkt återsänder de som försöker närma sig australiensiskt territorium, eller tar emot dem för att därefter överföra dem till förvar på Nauru eller Papua Nya Guinea.⁸⁹ Policyn betraktas som en lösning för att stävja människosmuggling och rädda liv – ju färre båtar, desto färre drunkningsolyckor.⁹⁰ I dagsläget förekommer det olika uppgifter om hur många personer som befinner sig på dessa öar, men klart är att asylsökande som ertappats på australiensiska vatten ännu överförs och befinner sig i dessa förvar.⁹¹

3.3 EN OTILLÅTEN FLYKTINGPOLITIK...

Tidigare i arbetet konstaterades det att flyktingrätten ska tillämpas ur ett rättighetsorienterat perspektiv. Den internationella miniminivån för flyktingars rättigheter är som nämnts relativt ”hög” – eller i vart fall på en sådan nivå att en destinationsstat är ålagd att efterleva dels flyktingrätten, dels grundläggande mänskliga rättigheter, i sin behandling av en asylsökande flykting. Applicerat på externaliserade processer av det slag Australien utformat, innebär det dock att ansvarsfrågan är helt primär för den fortsatta bedömningen – vilken stat bär det *egentliga* ansvaret för de flyktingar som Australien till synes tycks ha fransagt sig ansvaret för?

UNHCR rapporterade år 2018 om att Australien är kontraktspart till samtliga kommersiella aktörer involverade i förvaret på Papua Nya Guinea. Detta innebär att all personal som arbetar med sjukvård, säkerhet, infrastruktur, vaktmästeri

87 UNHCR Briefing Notes, ”UNHCR welcomes close of Australia’s Pacific Solution”, UNHCR:s webbplats, besökt 3 april 2024.

88 Phillips, J., Spinks, H., ”Boat Arrivals in Australia since 1976”, Parliament of Australia, Department of Parliamentary Services, 2013, s. 22.

89 Australian Government, ”Operation Sovereign Borders: Australia’s borders are patrolled all day, every day” Australian Government, Department of Home Affairs’ webbplats, besökt 3 april 2024.

90 Australian Government, ”Operation Sovereign Borders: Zero Chance” Australian Government, Department of Home Affairs’ webbplats, besökt 3 april 2024.

91 Jämför exempelvis Asylum Seeker Resource Centre (ASRC), ””Please get us out of here” – concerns grow for PNG refugees amid violent unrest”, ASRC:s webbplats, besökt 3 april; Karp, P., ”Child among asylum seekers returned to country of origin after being sent from Australia to Nauru”, The Guardians webbplats, besökt 3 april 2024.

och prövningsprocess rapporterar under australiensiska myndigheter⁹² – en omständighet som utifrån tidigare redogjorda praxis avseende extraterritoriell jurisdiktion rimligen bör innebära att australiensisk jurisdiktion gäller för de asylsökande som befinner sig på Papua Nya Guinea.⁹³ Denna omständighet till trots, följer det även av principen om *non-refoulement* att Australien inte kan fransäga sig sitt ansvar för de flyktingar som önskat söka asyl hos dem men sedermera överförs, om det finns risk för sådan behandling som avses i exempelvis art. 33 flyktingkonventionen. Olyckligtvis råder det inga tvivel om att de personer som överförs till Papua Nya Guinea, men även till Nauru, faktiskt har utsatts för illabehandling av sådan grad att det strider mot principen om *non-refoulement*. År 2015 fann FN:s särskilda rapportör mot tortyr att Australien har brutit mot tortyrkonventionen genom att sända asylsökande till förvar med så pass undermåliga förhållanden att det motsvarar tortyr.⁹⁴ Både på Nauru och Papua Nya Guinea föreligger därtill en utbredd brist på tillgänglig information och rättslig hjälp.⁹⁵ Möjligheterna till sjukvård är begränsade⁹⁶ och verbalt, fysiskt och sexuellt våld är vanligt förekommande.⁹⁷ Det har även rapporterats om fängesliknande förhållanden, särskilt i fråga om förvaret på Nauru.⁹⁸ I förhållande till de riktlinjer och rekommendationer som avser att prägla hur en stat tar emot, behandlar och dessutom prövar en asylsökande står det klart att Australien inte på något sätt uppfyller dessa. Det framgår också, utöver den flagranta ignoransen gentemot förbudet mot *refoulement*, att såväl andra rättigheter relaterade till flyktingskapet (exempelvis rätten att få ett ombud eller rätten att göra sina skyddsskäl gällande) som grundläggande mänskliga rättigheter begränsas och kränks av både Australien, Nauru och Papua Nya Guinea, med det yttersta ansvaret hos Australien.

3.4 ...SOM FORTSÄTTER UTÖVAS – HUR ÄR DET MÖJLIGT?

Trots att Australiens hantering av asylsökande står i tydlig kontrast till vad som följer av den internationella flyktingrätten och grundläggande mänskliga rättigheter har den ändå fortgått relativt obehindrat i flera år. Policyn är inte heller på något sätt okänd utan i allra högsta grad uppmärksammas av

92 UNHCR, UNHCR *Fact sheet on situation of refugees and asylum-seekers on Manus Island, Papua New Guinea*, 5 juli 2018.

93 Se avsnitt 2.1.

94 A/HRC/28/68, 15 mars 2015, s. 8.

95 UNSW Sydney, *Factsheet : Do people seeking asylum receive legal assistance?*, maj 2020.

96 The Royal Australasian College of Physicians, RACP Submission: Conditions and treatment of asylum seekers and refugees at the regional processing centres in the Republic of Nauru and Papua New Guinea, april 2016, s. 3–4.

97 A/HRC/35/25, 28 april 2017, p. 77.

98 Amnesty International, "Australia: Appalling abuse, neglect of refugees on Nauru", Amnesty Internationals webbplats, besökt 3 april 2024.

människorätsorganisationer, mellanstatliga aktörer och andra länder.⁹⁹ En möjlig förklaringsmodell till hur en i alla avseenden otillåten hantering av flyktingar ändå fortgår bör i min mening utgå från redogörelsen i avsnitt 3.1 i förevarande arbete; den negativa inställning som flera destinationsstater uttrycker i förhållande till mottagandet av flyktingar. Australiens externaliseringspolicy är ingen unik företeelse utan utgör endast ett av många exempel på den juridiska uppfinningsrikedom som stater tar till för att strama åt flyktingpolitiken. Dawson beskriver detta som ett slags paradigmskifte¹⁰⁰ i bemärkelsen att allt fler stater numera överger tanken om skydd för flyktingar till förmån för att slå vakt om de egna gränserna,¹⁰¹ vilket bör ses som en utveckling vilken i allra högsta grad underbygger och möjliggör Australiens pågående externalisering. *Operation Sovereign Borders* har dessutom vunnit mark hos den australiensiska befolkningen: ett genomgående narrativ är att särskilja på de ”riktiga” flyktingarna, det vill säga de som anländer till Australien som kvotflyktingar, och de ”falska” flyktingarna som försöker nå Australien på egen hand.¹⁰² Det tycks dessutom vara enklare att placera skulden för flyktingars öden på smugglare och människohandlare snarare än på de politiska åtgärder som kraftigt begränsar en flyktings valmöjligheter.¹⁰³ Liknande förhållningssätt speglas även i det australiensiska rättsväsendet; externaliseringspolicyn har prövats av domstol i såväl Australien som Papua Nya Guinea och Nauru, inte sällan på begäran av personer som själva varit placerade i något av förvaren – utan framgång.¹⁰⁴

Enligt min uppfattning medför det svängrum som staterna ges inom flyktingrätten att de också aktivt utnyttjar det till sin egen fördel, vilket exemplifierats ovan. Decentraliseringen inom rättsområdet förstärks av att efterlevnaden av tillämpliga rättigheter i stort sett saknar övervakningsorgan,¹⁰⁵

99 Se exempelvis Amnesty International, ”Islands of despair: Australia’s ‘processing’ of refugees on Nauru” samt ”Australia: One step forward – two steps back”, Amnesty Internationals webbplats, besökt 11 maj 2024; UNHCR, ”Australia”, UNHCR:s webbplats, besökt 11 maj 2024; Yngve, M., ”Sunaks Rwanda-plan fick ett svagt ja”, Svenska Dagbladets webbplats, besökt 11 maj 2024.

100 Detta begrepp har även kommit att användas flitigt av den nuvarande svenska regeringen avseende de migrationspolitiska förändringar som för närvarande genomförs, se bl.a. Regeringskansliet, ”Regeringen har inlett paradigmskifte i svensk migrationspolitik” samt ”Paradigmskiftet i svensk politik har påbörjats”, regeringen och Regeringskansliets gemensamma webbplats, besökt 3 april 2024.

101 Dawson, J., *The externalization of Australian refugee policy and the costs for queer asylum seekers and refugees*, s. 325.

102 Dawson, J., *The externalization of Australian refugee policy and the costs for queer asylum seekers and refugees*, s. 325.

103 FitzGerald, S.D., *Refuge beyond Reach: How Rich Democracies Repel Asylum Seekers*, s. 261.

104 Feline, L.F., Karageorgiou, E., Ogg, K., Challenging the legality of externalisation in Oceania, Europe and South America: an impossible task? i *Forced Migration Review*, no 68, 2021, s. 23-24.

105 Chetail, V., ”Moving Towards an Integrated Approach of Refugee Law and Human Rights Law” i

vilket i sig bidrar till en ännu större vidgning av staternas handlingsutrymme.¹⁰⁶ Även om ett antal av exempelvis Europakonventionens artiklar korresponderar med grundläggande flyktingrätt omfattar dess rättighetsskydd enbart flyktingar som befinner sig inom de fördragsslutande ländernas jurisdiktion, vilket i sin tur gör att den *regionala* flyktingrätten i Europa kan anses betydligt starkare än den internationella flyktingrätten som Australien har att följa. Konsekvensen för den enskilde flyktingen, och framför allt för den som befinner sig utanför Europa, blir ett rättsligt vakuum eftersom skyddets förekomst är helt och hållet avhängig den suveräna staten som är ålagd att bistå med det.¹⁰⁷

4. SLUTSATS

Syftet med detta arbete har varit att i liten skala utröna huruvida externalisering av asylprocess är genomförbart på ett sätt som respekterar den internationella flyktingrätten. I ljuset av vad som framkommit i arbetet torde svaret bli nekande. Samtidigt, som tidigare betonats, bygger den internationella rätten på staters handlande och hur de navigerar mellan sina rättigheter och skyldigheter – det är staterna som gör internationell rätt. Med detta i beaktande ter sig externaliseringen plötsligt inte lika oförenlig med den internationella flyktingrätten, utan kanske snarare som ett uttryck för en rättsskapande, och därmed rättsenlig, utveckling. I och med att det är staten själv som utformar sin flyktingpolitik möjliggörs policys likt Australiens – varför externalisering också är genomförbart inom ramen för vad en stat kan göra utan att bli hindrad. Därutöver måste tilläggas att detta arbete endast utgår från den externalisering som Australien kommit att konstruera utefter smak och tycke, varför det inte är möjligt eller ens realistiskt att fastställa en tillfredsställande, underbyggd slutsats avseende externalisering som fenomen. Trots att Australiens tillvägagångsätt i flera avseenden framstår som oefterliknligt inhumant, är det till syvende och sist bara ett exempel – ur ett förhållandevis neutralt perspektiv skulle nog den mer optimistiskt lagde kunna argumentera för att externalisering torde vara teoretiskt genomförbart. Extraterritoriell prövning kan utformas på flera sätt, och det behöver inte nödvändigtvis innebära att staten åsidosätter samtliga av sina skyldigheter, eller ens en enda. Att konstruera och upprätthålla en externaliserad process behöver således inte per se vara synonymt med en process som i sig utgör en kränkning av den sökandes rättigheter.

The Oxford Handbook of International Refugee Law, s. 206.

106 Milner, J., Ramasubramanyam, J., "The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees" i *The Oxford Handbook of International Refugee Law*, s. 197.

107 Gammeltoft-Hansen, T., *Access to Asylum*, s. 28.

Min personliga uppfattning är dock att en sådan konstruktion är begränsad till att vara en simpel hypotes. Sett till att allt fler stater vidtar alltmer omfattande åtgärder i syfte att motverka tillströmningen av utländska medborgare – flyktingar eller ej – ter sig en extraterritoriell men rättsenlig behandling mer som en idealistisk förhoppning snarare än en realistisk idé. Denna uppfattning stöds inte minst av att många av de för den asylsökande centrala rättigheterna svårigen kan utkrävas, något som i sin tur förstärker en suverän stats godtyckliga handlingsutrymme. Icke desto mindre är dessa rättigheter trots allt förankrade i lagskapande traktat, rättighetskataloger och sedvanerätt. På detta sätt ter sig själva grundpremisen i externalisering av asylprocess – en ovillkorlig överföring av en utländsk medborgare till extraterritoriell mark – krocka med den asylsökandes mest grundläggande rättigheter och själva kärnan i den internationella flyktingrätten: rätten att bli värnad om.

