

Prinsippet om non-refoulement som skranke for Dublin-samarbeidet



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 627

Leveringsfrist: 25.4.10

Til sammen 15 500 ord

21.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Formål	1
1.2	Aktualitet	4
1.3	Avgrensninger	5
1.4	Metode	7
1.4.1	Rettskildene	7
1.4.2	Tolkning av traktater	8
1.4.3	Tolkningen av EMK	9
1.5	Videre fremstilling	12
<u>2</u>	<u>DUBLIN-SAMARBEIDET</u>	<u>13</u>
2.1	Formål	13
2.2	Bakgrunn	15
2.3	Ansvarsfordelingen	16
2.3.1	Kriteriene for ansvar	16
2.3.2	Skjevdeling	19
2.4	Forholdet til internasjonal rett	21
2.4.1	Adgangen til ansvarsfordeling	21
2.4.2	Forholdet mellom Dublin-samarbeidet og medlemslandenes øvrige internasjonale forpliktelser	22
<u>3</u>	<u>FLYKTNINGKONVENSJONEN ART 33</u>	<u>24</u>
3.1	Innledning	24

3.2	Vern mot refoulement	24
3.3	FNs høykommissær for flyktninger	26
4	<u>EMK ART 3</u>	<u>28</u>
4.1	Innledning	28
4.2	De materielle vilkår	29
4.2.1	Generelt om EMK art 3	29
4.2.2	Momenter i vurderingen av hvorvidt en handling er i strid med EMK art 3	31
4.3	Eksterritoriell anvendelse av EMK art 3	34
4.3.1	Innledning	34
4.3.2	Eksterritoriell anvendelse i utleveringssaker	35
4.3.3	Eksterritoriell anvendelse i andre saker	37
4.3.4	Er det eksterritoriale vernet et absolutt vern?	38
4.4	EMK art 3 og vern mot refoulement	39
4.4.1	Innledning	39
4.4.2	Direkte refoulement	40
4.4.3	Om indirekte refoulement	40
4.4.4	Kan et EMK-land ubetinget returnere til et annet EMK-land?	43
4.4.5	Kan Dublin II-forordningen virke inn på forpliktelsene?	44
4.4.6	Diplomatiske garantier	45
4.4.7	Undersøkelsesplikt	47
4.5	Risikovurderingen etter EMK art 3	48
4.5.1	Innledning	48
4.5.2	Kravet til reell risiko	48
4.5.3	Tidspunktet for vurderingen av risikoen	50
5	<u>ULIK STATS PRAKSIS OG FARE FOR REFOULEMENT</u>	<u>52</u>
5.1	Innledning	52
5.2	Statusdirektivet	53
		III

5.3	Ulik statspraksis	54
5.3.1	Oversikt	54
5.3.2	Risiko for refolement	55
5.4	Gresk asylpraksis	56
5.4.1	Innledning	56
5.4.2	Utsatt for stort press	58
5.4.3	Saksbehandlingen	59
5.4.4	Andre lands praksis vedrørende retur til Hellas	60
5.4.5	Internasjonale dommer om retur til Hellas	61
5.4.6	Risiko for refolement?	63
6	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</u>	64
	<u>KILDER</u>	66

1 Innledning

1.1 Formål

Alle land i den Europeiske Union (EU),¹ Island, Norge og Sveits deltar i et samarbeid som går ut på å fordele ansvaret for asylsaker seg imellom. Dette samarbeidet, som gjerne kalles for *Dublin-samarbeidet*, ble etablert gjennom Dublin-konvensjonen av 15. juli 1990, hvor ble det nedfelt kriterier for hvilket medlemsland som skulle være ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad. Dublin-konvensjonen ble 1. september 2003 erstattet av Dublin II-forordningen.² Dublin-samarbeidet er et viktig ledd i EUs arbeid med sikte på å etablere et felles europeisk asylsystem.

Dublin-samarbeidet bygger på *første asyllandprinsippet*, som innebærer at asylsøkere henvises til det første landet de *har eller burde ha* søkt asyl i.³ Tanken bak Dublin II-forordningen er å forebygge *asylshopping*, og samtidig hindre ”*refugee in orbit*”. Dette innebærer at Dublin II-forordningen legger opp til at en asylsøknad skal behandles, men bare én gang.⁴ Med andre ord blir avgjørelsen i ett medlemsland avgjørende for de øvrige medlemslandene. Ordningen forutsetter, og er fullstendig avhengig av, at medlemslandene har en tillitt til hverandres asylsystemer og asylpraksis.

¹ Belgia, Bulgaria, Danmark, Estland, Finland, Frankrike, Hellas, Irland, Italia, Kypros, Latvia, Litauen, Luxemburg, Malta, Nederland, Polen, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Storbritannia, Spania, Sverige, Tsjekkia, Tyskland, Ungarn og Østerrike.

² Rådsforordning (EC) No 343/2003. Dublin II-forordningen tok sikte på å rette opp mangler og uklarheter ved Dublin-konvensjonen, samt effektivisere prosedyren.

³ Begrepet ”første asylland” tillegges noe forskjellig betydning. I EUs Prosedyredirektiv (2005/85/EF) art 26, begrenses begrepet til det tilfellet at asylsøkeren allerede har søkt og fått beskyttelse, i en eller annen form, i et annet land. I denne oppgaven vil en utvidet forståelse av begrepet legges til grunn; det medlemslandet som blir ansvarlig etter kriteriene i Dublin II-forordningen, altså det medlemslandet som asylsøkeren har eller burde ha søkt asyl i, er å anse som ”første asylland”. Se Vevstad (2006) s. 160 og 178. ”Første asylland” skiller dermed litt klarere fra begrepet ”trygt tredjeland”, som generelt henviser til land utenfor Dublin-samarbeidet. Se Dublin II-forordningen art 3.

⁴ Dublin II-forordningen art 3 (1).

Ansvar etter Dublin II-forordningen er blant annet tillagt det medlemslandet som har utstedt oppholdstillatelse⁵ eller visum⁶ til asylsøkeren. Videre blir det medlemslandet som asylsøkeren ulovlig har krysset grensen til, ansvarlig.⁷ For øvrig blir stort sett det landet der asyl først er søkt, ansvarlig.⁸

Det kan reises spørsmål om hvordan et regionalt samarbeid som Dublin-samarbeidet stiller seg i forhold til medlemslandenes øvrige internasjonale forpliktelser. Her skal oppmerksomheten særlig rettes mot medlemslandenes plikt til å respektere det såkalte *prinsippet om non-refoulement*⁹ i folkeretten.

Den viktigste forankringen av prinsippet om non-refoulement finnes i Flyktningkonvensjonen art 33.¹⁰ Flyktningkonvensjonen art 33 suppleres imidlertid blant annet av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art 3,¹¹ som gir prinsippet om non-refoulement en større rekkevidde.¹² I motsetning til vernet etter Flyktningkonvensjonen art 33 som er begrenset til flyktninger, gjelder eksempelvis vernet etter EMK art 3 uavhengig av status.

Helt kort innebærer prinsippet om non-refoulement, på grunnlag av de ulike rettsgrunnlagene, et forbud mot å sende en person til et sted hvor vedkommende risikerer forfølgelse, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

På denne bakgrunn er problemstillingen for denne oppgaven ***prinsippet om non-refoulement som skranke for Dublin-samarbeidet.***

⁵ Dublin II-forordningen art 9 (1).

⁶ Ibid art 9 (2).

⁷ Ibid art 10 (1).

⁸ Ibid art 13.

⁹ Uttrykket non-refoulement er avledet av det franske ordet *refouler*, som betyr å drive tilbake.

¹⁰ Flyktningkonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 28. juli 1951 og trådte i kraft 22. april 1954.

¹¹ EMK ble vedtatt 4. november 1950 og trådte i kraft 3. september 1953.

¹² Prinsippet om non-refoulement er for øvrig også nedfelt i blant annet FNs torturkonvensjon (TK) art 3 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art 7.

Dublin II-forordningen fremholder at medlemslandene, “all respecting the principle of non-refoulement, are considered as safe countries for third-country nationals.”¹³

Med andre ord presumerer Dublin II-forordningen at medlemslandene respekterer prinsippet om non-refoulement og anser, på bakgrunn av dette, alle medlemslandene som trygge for tredjelandsborgere. Retur til et annet samarbeidsland i medhold av Dublin II-forordningen kan derfor fritt foretas.

Dublin II-forordningen legger således opp til at samarbeidslandene respekterer prinsippet om non-refoulement. Det at prinsippet om non-refoulement respekteres, kan anses som en betingelse for å anvende Dublin II-forordningen. Samtidig må det være klart at samarbeidslandene ikke kan basere seg på en presumpsjon, men har en selvstendig plikt til å undersøke om prinsippet om non-refoulement etterkommes.

En sentral del av oppgaven vil være å redegjøre for innholdet i og rekkevidden av prinsippet om non-refoulement.

Hovedtyngden i fremstillingen vil være sentrert rundt prinsippets forankring i EMK art 3. Det skal undersøkes hvor vidtrekkende forpliktelser konvensjonsstatene har etter EMK art 3, og hvilken betydning disse forpliktelsene har for Dublin-samarbeidet. Formålet er å få klarlagt om, og i så fall, i hvilken grad prinsippet om non-refoulement setter begrensninger for å anvende Dublin II-forordningen.

Det er særlig ulik beskyttelsespraksis som gjør at det kan stilles spørsmålstegn ved Dublin II-forordningens presumpsjon om at alle samarbeidslandene er trygge for tredjelandsborgere. Problemstillingen vil derfor bli nærmere belyst gjennom en konkret undersøkelse av om hvorvidt retur av asylsøkere i medhold av Dublin II-forordningen, særlig til Hellas, innebærer en risiko refoulement.

¹³ Forordet punkt (2).

1.2 Aktualitet

Asylpolitikken preges gjerne av to kryssende hensyn; det å tilby beskyttelse til personer som trenger det, men samtidig å kunne tilbakesende personer som ikke har behov for slik beskyttelse. Avhandlingen er foranlediget særlig av inntrykket av Dublin II-forordningen som et viktig ledd i en generelt restriktiv asylpolitikk i Europa.

De siste årene har det vært mye fokus på retur av asylsøkere i medhold av Dublin II-forordningen til land hvor asylsøkernes rettigheter står i fare for å bli krenket. Et nylig eksempel på en sak som har fått mye oppmerksomhet i norsk media, er tvangsutsendelsen av Fathia Ahmed Omar og hennes seks år gamle sønn i medhold av Dublin II-forordningen den 10. mars.

Særlig har det greske asylsystemet fått mye negativ oppmerksomhet, blant annet gjennom en mengde rapporter fra viktige aktører som FNs høykommissær for flyktninger, Human Rights Watch samt Amnesty International. I Norge har Norsk organisasjon for asylsøkere (NOAS) og Den norske Helsingforskomiteen hatt en viktig rolle i å avdekke den problematiske situasjonen for asylsøkere i Hellas, og tok initiativet til å oppfordre norske myndigheter til å avstå fra å returnere asylsøkere til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen.¹⁴

At Dublin II-forordningen likevel anvendes, får Dublin II-forordningen til å framstå et overordnet regelverk og en rett for statene som kan benyttes ubetinget i ethvert tilfelle.

På bakgrunn av dette anses det viktig å undersøke og klargjøre begrensninger og skranker som finnes for anvendelsen av Dublin II-forordningen.

¹⁴ I januar 2008 skrev NOAS et brev til Utlendingsnemnda hvor det ble bedt om at retur til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen ble stanset. Utlendingsnemnda besluttet den 7. februar 2008 å stoppe overføringene på bakgrunn av informasjonen om mulige krenkelser av asylsøkeres rettigheter i Hellas.

1.3 Avgrensninger

Av hensyn til problemstillingen og rammen for avhandlingen er det nødvendig å gjøre enkelte avgrensninger. Gjennom arbeidet med avhandlingen har flere interessante problemstillinger og spørsmål blitt oppdaget. Av disse vil i det følgende bare det som kunne anses mest nærliggende å behandle, men som likevel utelukkes, bli nevnt.

Dublin II-forordningen inneholder to sett med regler. For det første materielle regler om hvilket medlemsland som er ansvarlig for å behandle en asylsøknad. For det andre gir Dublin II-forordningen saksbehandlingsregler, blant annet om når og hvordan anmodninger om overtakelse¹⁵ eller tilbaketakelse¹⁶ av en asylsøker skal foretas, og hvordan slike anmodninger skal imøtekommes. Inntrykket er at Dublin-regelverket har noen prosessuelle svakheter, eksempelvis i form av å ha for korte tidsfrister eller ved å være for ressurskrevende, som gjør at returer i medhold av Dublin II-forordningen som i utgangspunktet kunne ha blitt utført, ikke blir foretatt. Av hensyn til problemstillingen vil imidlertid ikke saksbehandlingsreglene og deres virkninger, men bare selve ansvarskriteriene, bli behandlet.

Dublin II-forordningen tillater retur av personer til land utenfor Dublin-området etter ”trygt tredjeland”-regelen.¹⁷ Dette reiser blant annet spørsmålet om personer kan returneres, i samsvar med bilaterale avtaler om retur, til transittland som ikke har tiltrådt Flyktningkonvensjonen eller EMK. I denne oppgaven vil imidlertid fokus være på retur mellom medlemsland i Dublin-samarbeidet, og videre retur derfra til asylsøkernes hjemland. Alle medlemslandene i Dublin-samarbeidet har ratifisert både Flyktningkonvensjonen og EMK. Det nevnte spørsmålet vil derfor ikke bli behandlet.

¹⁵ Overtakelsesreglene gjelder når asylsøkeren ikke har søkt asyl tidligere.

¹⁶ Reglene om tilbaketakelse kommer til anvendelse når asylsøkeren har søkt om asyl tidligere i et annet medlemsland.

¹⁷ Se Dublin II-forordningen art 3 (3).

Prinsippet om non-refoulement er, i tillegg til Flyktningkonvensjonen art 33 og EMK art 3, også forankret i FNs torturkonvensjon¹⁸ (TK) art 3 og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter¹⁹ (SP) art 7. Hensikten med oppgaven er ikke å gi en komparativ fremstilling av prinsippet om non-refoulement. Hovedvekten i det følgende vil derfor bli lagt på vernet mot refoulement etter EMK art 3. Dette fordi EMK, i motsetning til både Flyktningkonvensjonen, TK og SP, oppretter en internasjonal domstol (Domstolen) som kan overprøve klagesaker og treffe rettslig bindende avgjørelser.²⁰ De kontraherende statene er automatisk underlagt Domstolens jurisdiksjon.²¹ Vernet mot refoulement kan dermed anses for å være mest effektivt etter EMK.

Det kan reises spørsmål om prinsippet om non-refoulement har status som folkerettslig sedvanerett. Det anses imidlertid ikke nødvendig å behandle dette spørsmålet. Dette fordi alle medlemslandene i Dublin-samarbeidet er, gjennom Flyktningkonvensjonen og EMK, bundet av prinsippet om non-refoulement på traktatrettslig grunnlag.

Videre kan det oppstå en del spørsmål om forholdet mellom ulike folkerettslige instrumenter, særlig om forrang ved motstrid mellom bestemmelser. Av hensyn til problemstillingen for oppgaven er det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette. Dublin II-forordningen sier uttrykkelig at prinsippet om non-refoulement og medlemslandenes øvrige internasjonale forpliktelser skal respekteres.²²

¹⁸ Konvensjonen ble vedtatt 10. desember 1984 og trådte i kraft 26. juni 1987.

¹⁹ Konvensjonen ble vedtatt 16. desember 1966 og trådte i kraft 23. mars 1976.

²⁰ EMK art 19, 32 og 33.

²¹ Ibid art 46.

²² Jfr. forordet punkt (2) og (12).

1.4 Metode

Overordnet tema for avhandlingen er forholdet mellom europeisk asylrett og folkeretten for øvrig. I denne avhandlingen vil derfor en folkerettslig tilnærming legges til grunn. I det følgende gis en kort redegjørelse for noen av de viktigste prinsipper som gjelder for kilder og kildebruk.

1.4.1 Rettskildene

I folkeretten er blant annet traktater og sedvanerett sentrale kilder ved fastleggningen av innholdet i rettsregler. Dette fremgår av statuttene til FNs internasjonale domstol (ICJ) art 38 (1), som anses å gi et alminnelig uttrykk for rettskildene i folkeretten;

1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
 - a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - c. the general principles of law recognized by civilized nations;
 - d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

Internasjonale menneskerettigheter er en del av folkeretten, men har imidlertid flere særtrekk som får betydning for rettskildebruken.

Internasjonale menneskerettigheter tar først og fremst sikte på å regulere rettsforholdet i stater, og etablerer plikter for statene hva angår behandling av individer. Dermed skiller internasjonale menneskerettigheter seg fra deler av den øvrige folkeretten, som i hovedsak har til hensikt å regulere rettsforholdet mellom stater.

Rettskildebruken på dette området avviker derfor noe fra det som ellers er vanlig.²³

På denne bakgrunn er konvensjoner en av de viktigste rettskildene på menneskerettighetsområdet. Det at flere av konvensjonene på dette området oppretter egne håndhevingsorganer, innebærer at betydningen av konvensjoner som rettskilde øker. Videre får håndhevingsorganene en viktig oppgave i form av å tolke og fastsette innholdet i konvensjonene. Dermed vil organenes egen praksis i seg selv kunne være en viktig rettskilde.

De viktigste rettskildene i denne avhandlingen vil være Dublin II-forordningen, Flyktningkonvensjonen og EMK. Videre vil Domstolens praksis være en sentral rettskilde, selv om slik praksis bare anses som en subsidiær rettskilde generelt i folkeretten.

1.4.2 Tolkning av traktater

Det har tradisjonelt vært tre teorier om tolkning av traktater. Den *objektive* tolkningsteorien, hvoretter traktatens ordlyd er avgjørende, den *subjektive* tolkningsteorien, hvor hovedvekt legges på partenes vilje, og den *teleologiske* tolkningsteorien, hvoretter avgjørende vekt legges på en tolkning som samsvarer med traktatens formål.²⁴

Wien-konvensjonen om traktatretten kodifiserer alminnelige prinsipper om tolkning av folkerettslige traktater. Hovedregelen for tolkningen finnes i art. 31 første ledd og lyder;

”A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

²³ Jfr. Høstmølingen (2003) s. 84 flg.

²⁴ Jfr. Elgesem (2003).

Bestemmelsen gir i utgangspunktet uttrykk for den objektive tolkningsteorien.

Henvisningen til "good faith" innebærer at tolkningen skal skje i lojalitet til partenes felles intensjoner. Videre skal fastleggelsen av ordenes vanlige betydning ("ordinary meaning") skje i lys av traktatens gjenstand og formål ("object and purpose"), og ved å se traktaten i sammenheng ("context").

Årsaken til at ordlyden tillegges stor vekt er hensynet til konvensjonsstatenes suverenitet. Ved tolkningen av internasjonale menneskerettigheter gis imidlertid hensynet til suverenitetsprinsippet mindre vekt. Da er det som regel den tolkningen som gir mest effektiv beskyttelse av menneskerettigheter, og ikke den tolkningen som innebærer minst vidtrekkende forpliktelser for statene, som velges.

1.4.3 Tolkningen av EMK

Domstolen har slått fast at også EMK må tolkes i lys av Wien-konvensjonen om traktatretten. Dette innebærer at ordenes alminnelig betydning er utgangspunktet for tolkingen av EMK.

Domstolen anses som den viktigste fortolkeren av EMK. Begrepene i EMK er underlagt en autonom tolkning. Dette innebærer at begrepene skal ha samme innhold i forhold til alle medlemsland. En ensartet forståelse av konvensjonens bestemmelser, vil gjøre kontrollen med medlemsstatene mer effektiv.

Domstolen har understreket at tolkningen skal ta hensyn til konvensjonens "character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms."²⁵ Det at EMK er et virkemiddel for kollektiv fremming av menneskerettigheter styrer tolkningen.

²⁵ Soering mot Storbritannia para. 87.

Følgelig vil formålet bak EMK i sin helhet, ”the protection of individual human beings”,²⁶ og formålet bak enkeltbestemmelser tillegges betydelig vekt i tolkningen.

I tillegg legger Domstolen stor vekt på hensynet til å sikre rettigheter som er praktiske og effektive;

”[The] object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective.”²⁷

Det er altså den tolkningen som i størst grad sikrer en effektiv gjennomføring av rettighetene som skal velges.

EMK inneholder i sine bestemmelser ofte vage ord og uttrykk, som kan skape tvil om tolkningen. Det gjelder eksempelvis begrepene ”tortur”, ”umenneskelig” og ”nedverdiggende” behandling eller straff i EMK art 3, som er en sentral bestemmelse i det følgende.

Domstolen har flere ganger fremholdt at “the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions”.²⁸ Det er med andre ord ikke den betydningen begrepene hadde ved konvensjonens ikrafttredelse som er avgjørende. EMK har en dynamisk karakter som gjør at begrepene tolkes i lys av samfunnsutviklingen. Innholdet i ord og uttrykk vil derfor utvikle seg over tid, slik at rettighetene tilpasses sin tid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid.

²⁸ Blant annet i Soering mot Storbritannia, para. 102.

Domstolens dynamiske tolkning gjør det vanskelig å skille tolkning klart fra det å gi ny lovgivning. Fastleggingen av innholdet i bestemmelsene gjennom dynamisk tolkning ”can either be seen as the discovery of obligations that were implicit in the guarantees concerned or as the addition of new obligations for states.”²⁹

Videre tillegger Domstolen egen praksis betydelig vekt, og henviser svært ofte i sine avgjørelser til tidligere saker. Hensynet til forutberegnelighet og kontinuitet taler for å følge tidligere praksis.

²⁹ *Law of the European Convention on Human Rights* (2009) s. 8.

1.5 Videre fremstilling

Under punkt 2 i avhandlingen skal det først gjøres rede for formålet (punkt 2.1) og bakgrunnen (punkt 2.3) for Dublin-samarbeidet. Deretter gis det en oversikt over kriterier og mekanismer for ansvarsfordelingen etter Dublin II-forordningen (punkt 2.3). Etterfulgt av en undersøkelse av forholdet mellom Dublin-samarbeidet og samarbeidslandenes øvrige folkerettslige forpliktelser (punkt 2.4).

Det følger en kort redegjørelse i punkt 3 av prinsippet non-refoulement etter Flyktningkonvensjonen art 33.

En grundig behandling av EMK art 3 blir gitt under punkt 4. De materielle vilkårene etter bestemmelsen blir berørt (punkt 4.2). Deretter blir spørsmålet om eksterritoriell anvendelse av EMK art 3 behandlet (punkt 4.3). Rekkevidden av forpliktelsene etter EMK art 3 blir nærmere undersøkt i punkt 4.4. Til slutt kommer en redegjørelse for risikovurderingen etter bestemmelsen (punkt 4.5).

Under punkt 5 skal det undersøkes om et foreligger ulik beskyttelsespraksis blant medlemslandene i Dublin-samarbeidet, og i så fall, hvorvidt dette innebærer risiko for brudd på prinsippet om non-refoulement.

Avslutningsvis kommer en oppsummering og konklusjon (punkt 6).

2 Dublin-samarbeidet

I det følgende skal det først kort gjøres rede for formålet med og bakgrunnen for Dublin-samarbeidet (punkt 2.1 og 2.2). Deretter kommer en oversikt over ansvarskriteriene i Dublin II-forordningen (punkt 2.3.1).

En av svakhetene ved Dublin II-forordningen hevdes å være at den mangler mekanismer for å gjøre fordelingen av asylsaker jevn mellom samarbeidslandene, og at den dermed kan være til fordel for enkelte, og til ulempe for andre, av medlemslandene. Det skal undersøkes om dette er tilfelle, og i så fall hvilken betydning det kan få for Dublin-samarbeidet (punkt 2.3.2).

Videre vil det bli gjort noen bemerkninger til adgangen til ansvarsfordeling, og forholdet mellom Dublin II-forordningen og samarbeidslandenes øvrige internasjonale forpliktelser (punkt 2.4).

2.1 Formål

I forordet til Dublin II-forordningen heter det at en felles asylpolitikk, “including a Common European Asylum System, is a constituent part of the European Unions` objective of progressively establishing an area of freedom, security and justice open to those who, forced by circumstances, legitimately seek protection in the Community.”³⁰

Etableringen av Dublin-samarbeidet er et viktig skritt i retning av å oppnå ambisjonen om et felles europeisk asylsystem.

³⁰ Forordet punkt (1).

Formålet med Dublin II-forordningen er å bidra til økt rettssikkerhet for asylsøkere gjennom å sikre at en asylsøknad faktisk behandles. Den oppstiller kriterier for hvilket av medlemslandene som skal være ansvarlig for å behandle asylsøknaden. Dermed forhindres at asylsøkere blir henvist frem og tilbake mellom medlemslandene uten å få asylsøknaden behandlet ("refugee in orbit").³¹

Videre er hensikten å forebygge misbruk av asylinstituttet ved å forhindre at samme person fremmer asylsøknad i flere medlemsland ("asylshopping"). En slik undergraving av asylinstituttet motvirkes ved at Dublin II-forordningen legger opp til at en asylsøknad bare skal behandles av ett medlemsland;

"The application shall be examined by a single Member State, which shall be the one which the criteria (...) indicate is responsible."³²

I tillegg er det klart at Dublin II-forordningen samtidig tar sikte på å hindre at asylsøkere fritt får velge hvor de vil fremme asylsøknaden.³³ Tanken er å forebygge at asylsøknadene blir konsentrert i enkelte land, som fremstår som mest "asylvennlige", sett hen til muligheten for å få beskyttelse, situasjonen for asylsøkere, men også sosiale og økonomiske forhold generelt i landet kan ha betydning i denne sammenheng.

Felles for alle formålene er at de kan oppnås (bedre) om medlemslandene ivaretar asylsøkernes rettssikkerhet og tilbyr dem en mest mulig lik behandling.

³¹ Dublin-konvensjonen sa uttrykkelig i forordet at den tok sikte på å "provide all applicants for asylum with a guarantee that their applications will be examined by one of the Member States and to ensure that applicants for asylum are not referred successively from one Member State to another without any of these States acknowledging itself to be competent to examine the application for asylum."

³² Dublin II-forordningen art 3.1.

³³ Eurodac-forordningen, som forplikter alle medlemsland til å ta og registrere fingeravtrykk av alle asylsøkere og andre personer som ulovlig krysser grensen, bidrar til å gjøre Dublin-samarbeidet mer effektivt. Se forordet til Dublin II-forordningen punkt (11).

2.2 Bakgrunn

Dublin II-forordningen viser til at den gradvise innføringen av “an area without internal frontiers... makes it necessary to strike a balance between responsibility criteria in a spirit of solidarity.”³⁴

I 1985 inngikk et begrenset antall land i Europa *Schengen-avtalen*, hvor kjernen var avskaffelse av indre grensekontroll mellom samarbeidslandene og innføring av felles ytre grensekontroll.

Den frie bevegelseheten var ikke begrenset til europeiske borgere, men omfattet alle som befant seg i området, herunder asylsøkere. Grunnet den økende tilstrømmingen av tredjelandsborgere til Europa, oppstod det derfor behov for å styrke kontrollen av yttergrensene.

I tillegg til tilstrømmingen av tredjelandsborgere, skapte de store menneskeforflytningene i Europa, blant annet på grunn av oppløsningen av Sovjetunionen og krigen på Balkan, et behov for samarbeid på asylrettsfeltet.

I tillegg til Schengen-samarbeidet ble derfor Dublin-samarbeidet inngått. Bakgrunnen for Dublin-samarbeidet var altså behovet for kompensatoriske tiltak for fri bevegelse og behovet for innstramming og samarbeid på grunn av tilstrømmingen av asylsøkere, i motsatt fall kunne asylsøkere reise fra land til land og søke asyl.

Gjennom *Amsterdam-traktaten* ble Schengen-samarbeidet integrert i EU.³⁵ Amsterdam-traktaten etablerte et eget politikkområde for ”frihet, sikkerhet og rettferdighet”, som asylpolitikken er en del av.³⁶

³⁴ Forordet punkt (8).

³⁵ Treaty of Amsterdam av 2. oktober 1997, trådte i kraft 1. mai 1999.

³⁶ Vevstad (2006) s. 15 flg.

Det viktigste grunnlaget for EUs arbeid med å harmonisere medlemslandenes asylpolitikk er Amsterdam-traktaten. Den har gitt grunnlaget for utviklingen av et felles europeisk asylsystem, bestående av viktige rettsakter som Statusdirektivet,³⁷ Prosedyredirektivet,³⁸ Mottaksdirektivet,³⁹ og Dublin II-forordningen. De nevnte EU-direktivene har stor betydning for Dublin-samarbeidet, da de har til hensikt å bidra til en mer lik behandling av asylsøkere innen EU.

2.3 Ansvarsfordelingen

2.3.1 Kriteriene for ansvar

I Dublin II-forordningen er det artikkel 3 (1) og artikkel 5 til 14 som angir kriterier for hvilken stat som er ansvarlig for behandling av en asylsøknad. Bestemmelsene har en ”hierarkisk rekkefølge”, som innebærer at de ”shall be applied in the order they are set out”.⁴⁰

Kriteriene gir inntrykk av at det i hovedsak er det medlemslandet som anses å være ”mest ansvarlig” for at asylsøkeren befinner seg innen for Dublin-området, som blir tillagt ansvaret for asylsøknaden.⁴¹

Artikkel 6 inneholder noen særlige regler som tar sikte på å styrke beskyttelsen av enslige mindreårige asylsøkere. Om den mindreårige har nære familiemedlemmer⁴², *med lovlig opphold*, i et medlemsland, så er det dette medlemslandet som er ansvarlig for asylsøknaden, forutsatt at hensynet til barnets beste tilsier det.

³⁷ Rdir 2004/83/EF om fastsettelse av minimumsstandarder for anerkjennelse av tredjelandstatsborgere eller statsløse som flyktninger eller som personer, som av annen grunn behøver internasjonal beskyttelse, og innholdet i en slik beskyttelse.

³⁸ Rdir 2005/85/EF om minimumsstandarder for prosedyre for tildeling og fratagelse av flyktningstatus i medlemslandene.

³⁹ Rdir 2003/9/EF om fastleggelse av minimumsstandarder for mottak av asylsøkere i medlemslandene.

⁴⁰ Dublin II-forordningen art 5 (1).

⁴¹ Se Vevstad (2006) s. 169.

⁴² Hvem som anses som familiemedlemmer er angitt i Dublin II-forordningen art. 2 (i).

Ellers er det medlemslandet hvor den mindreårige fremmer asylsøknaden som er ansvarlig for behandlingen av den.

Av artikkel 7 følger at dersom asylsøkeren har et familiemedlem⁴³ med flyktningstatus⁴⁴ i et medlemsland, så er det dette medlemslandet som er ansvarlig for behandlingen av den, så fremt ”the persons concerned so desire.”

Om asylsøkeren har et familiemedlem med asylsøknad til behandling hos førsteinstansen i et medlemsland, bestemmer artikkel 8 at dette medlemslandet blir ansvarlig, forutsatt at de berørte ønsker dette.

Både artikkel 7 og 8 kan sees som utslag av hensynet til familiens enhet.⁴⁵

Blant de viktigste bestemmelsene er artikkel 9, som fastlegger at den medlemsstaten som har gitt asylsøkeren adgang til Dublin-området, ved å utstede oppholdstillatelse eller visum, blir ansvarlig for asylsøknaden.

Etter artikkel 10 blir det medlemslandet som en asylsøker ulovlig har krysset grensen til fra et tredjeland, ansvarlig for asylsøknaden. Ansvaret opphører imidlertid etter tolv måneder etter den ulovlige grensepasseringen. Deretter overføres ansvaret til den medlemsstaten hvor asylsøkeren har oppholdt seg sammenhengende i minst fem måneder.

Artikkel 11 bestemmer at dersom asylsøkeren reiser visumfritt til et medlemsland, er det dette landet som er ansvarlig for asylsøknaden. Dette gjelder imidlertid ikke om asylsøkeren fremmer asylsøknad i et annet medlemsland hvor vedkommende også er fritatt for visumplikt. I et slikt tilfelle er det sistnevnte medlemslandet ansvarlig for asylsøknaden.

⁴³ Etter denne bestemmelsen kreves det ikke at familien ble stiftet i hjemlandet.

⁴⁴ Begrepet flyktning er beskrevet i Dublin II-forordningen art 2 (g), som viser til flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen.

⁴⁵ Se forordet punkt (6) og (7).

Artikkel 13 slår fast at i tilfelle ”no Member State responsible for examining the application for asylum can be designated on the basis of the criteria listed in this Regulation, the first Member State with which the application for asylum was lodged shall be responsible for examining it.”⁴⁶ Det er altså først når de øvrige kriteriene i Dublin II-forordningen ikke medfører ansvar, at det medlemslandet som først fikk fremlagt asylsøknaden blir ansvarlig for behandlingen av den.

Artikkel 14 tar sikte på å hindre at asylsøknader fra familiemedlemmer blir spredt til forskjellige medlemsland, ved blant annet å bestemme at det medlemslandet som mottar asylsøknadene til størst antall familiemedlemmer blir ansvarlig.

Et medlemsland kan etter artikkel 15 påta seg ansvaret for en asylsøknad på grunnlag av humanitære grunner. Dette for å føre familiemedlemmer eller slektninger sammen.

Art 3 (2) fastslår at ”each Member State may examine an application for asylum lodged with it by a third-country national, even if such examination is not its responsibility under the criteria laid down in this Regulation”. Med dette er hensynet til et medlemslands suverenitet ivaretatt i Dublin II-forordningen. Bestemmelsen gjør det legitimt ikke å anvende Dublin II-forordningen, og gir et medlemsland mulighet til å behandle en asylsak selv om det ikke er forpliktet til det.

Bestemmelsen er i utgangspunktet ment å være en unntaksbestemmelse og sikkerhetsventil. Om et medlemsland ikke er sikker på hvorvidt retur til et annet medlemsland er trygt, bør den åpningen art 3 (2) gir benyttes.⁴⁷ Det har blitt fremholdt at denne skjønnsmessige adgangen til å anvende art 3 (2) forandres til en plikt ved risiko for brudd på EMK art 3.⁴⁸ Art 3 (2) kan med andre ord anses som en mekanisme for å følge EMK.

⁴⁶ Dette er første asyllandprinsippet i snever forstand, det første landet som asylsøkeren *har* søkt asyl i blir ansvarlig.

⁴⁷ Vevstad (2006) s. 201.

⁴⁸ Jfr. Filzwieser (2006).

2.3.2 Skjevdeling

Dublin II-forordningen fastsetter at ansvarskriteriene bør være ”objective, fair...both for the Member States and for the persons concerned.”⁴⁹ Oppnåelse av denne ambisjonen forutsetter mekanismer som fører til ansvarsfordelingen mellom medlemslandene blir rettferdig, i form av jevn og forholdsmessig ansvarsfordeling.

Dublin II-forordningen etablerer imidlertid ingen mekanismer som sørger for at fordelingen av asylsaker mellom medlemslandene blir rettferdig. Dette gjør at enkelte medlemsland kan risikere å få ansvaret for uforholdsmessig mange asylsaker. Ansvarskriteriene i Dublin II-forordningen, særlig kriteriet om ulovlig grensepassering som ansvarsfremkallende,⁵⁰ kan føre til alvorlig ubalanse ved fordelingen av asylsaker blant medlemslandene. Dette fordi det er medlemslandene i Sør og Øst-Europa som er mest utsatt for første grensepassering, og dermed ansvarlige for asyløknaden.

Tabellen nedenfor gir en oversikt over antall asyløknader som har blitt fremmet i de landene i Dublin-samarbeidet som mottar flest asyløknader;⁵¹

Asyløknader	2008	2009
Frankrike	35 164	41 981
Storbritannia	30 545	23 940 ⁵²
Tyskland	21 371	26 836
Sverige	24 353	24 194
Italia	31 164	13 702 ⁵³
Norge	14 431	16 125 ⁵⁴
Hellas	19 884	11 839 ⁵⁵

⁴⁹ Forordet punkt (4).

⁵⁰ Dublin II-forordningen art 10.

⁵¹ Tallene er hentet fra ”Monthly data: January - Desember 2009” den 1. mars (www.unhcr.org).

⁵² Til og med september 2009.

⁵³ Til og med oktober 2009.

⁵⁴ Til og med november 2009.

⁵⁵ Ibid.

Tabellen nedenfor gir en oversikt over antall forespørsler⁵⁶ i medhold av Dublin II-forordningen rettet til og av de landene i Dublin-samarbeidet som mottar flest asylsøknader;⁵⁷

2008	Til (Outgoing) ⁵⁸	Fra (Incoming) ⁵⁹
Frankrike	1 854	2 889
Storbritannia	1 242	1 598
Tyskland	2 386	3 877
Sverige	1 507	2 619
Italia	4 567	849
Norge	647	1 821
Hellas	5 430	37

Oversikten illustrerer at Dublin-samarbeidet er fordelaktig for noen medlemsland og til ulempe for andre. Flere av medlemslandene i Dublin-samarbeidet blir lettet for mye av sitt potensielle ansvar for asylsaker. For enkelte, særlig Hellas, er ordningen imidlertid klart til ulempe. Ansvarsfordelingen kan dermed oppleves som urettferdig.

Når det ikke skiller mellom om et medlemsland får ansvaret for mange eller få asylsaker, kan videre ansvaret lett bli for tyngende for enkelte av medlemslandene. At asylssystemet i enkelte medlemsland kan bli overbelastet vil kunne svekke Dublin-samarbeidet. Dette fordi et overbelastet asylsystem vil undergrave den tilliten som Dublin-samarbeidet forutsetter at medlemslandene har til hverandres asylsystemer.

⁵⁶ Både forespørsler om overtakelse og tilbaketakelse er inkludert i tallene.

⁵⁷ Korte tidsfrister for overføring gjør imidlertid at antallet forespørsler som blir rettet, ikke samsvarer med antallet overføringer som faktisk blir gjennomført.

⁵⁸ Antallet forespørsler som de øvrige medlemslandene retter til det nevnte medlemslandet. Se "Outgoing request – Annual data" under "Dublin statistics" fra databasen "Population and social conditions": (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/search_database).

⁵⁹ Antallet forespørsler som det nevnte medlemslandet retter til de øvrige medlemslandene. Ibid, "Incoming request – Annual data".

2.4 Forholdet til internasjonal rett

2.4.1 Adgangen til ansvarsfordeling

Retten til å søke asyl er en grunnleggende rettighet,⁶⁰ og forplikter statene til å gi personer adgang til å fremme asylsøknad. Retten til å søke asyl er dermed et viktig prosedyrrelatert prinsipp. Når det gjelder adgang til asylprosedyre, innebærer imidlertid Dublin-samarbeidet en modifisering av slik adgang. En asylsøker kan bare søke om asyl i det medlemslandet som er ansvarlig for asylsøknaden i henhold til Dublin II-forordningen.

Flyktningkonvensjonen regulerer ikke uttrykkelig spørsmålet om hvorvidt medlemslandene har adgang til å inngå avtaler om å fordele ansvaret for asylsøknader seg imellom. I teorien er det imidlertid hevdet at Flyktningkonvensjonen, blant annet ved ikke å stille krav til hvor asylsøkeren skal fremme asylsøknad, forutsetter en spredning av ansvaret for asylsøknader, som kan undergraves av en utbredt praksis med tilbakesendelser til første asylland.⁶¹

Det at medlemslandene ”seek to avoid their obligations by contracting them out to other states (...) is incompatible with 1951 Convention’s object and purpose.”⁶²

Uansett er det klart at Flyktningkonvensjonen forutsetter at rettighetene i konvensjonen, herunder retten til vern mot refoulement, respekteres. En adgang til anvendelse av første asyllandprinsippet, herunder gjennom Dublin-samarbeidet, kan forankres i en antitetisk fortolkning av prinsippet om non-refoulement. Asylsøkere kan henvises til andre stater for behandling av asylsøknader, så fremt det landet asylsøkeren henvises til er trygt.

Oppfatningen om at prinsippet om non-refoulement ikke er til hinder for retur til et trygt tredjeland er utbredt, særlig i europeisk statspraksis.

⁶⁰ Jfr. Verdenserklæringen om menneskerettigheter art 14.

⁶¹ Jfr. Einarsen (2000) s. 632.

⁶² Jfr. Goodwin-Gill (2007) s. 390.

Anvendelsen av prinsippet om første asylland kan begrunnes med at det er snakk om flukt fra forfølgelse inntil vedkommende ankommer et trygt land, hvor det ikke foreligger fare for forfølgelse. Om vedkommende reiser videre, vil det ikke lenger være tale om flukt fra forfølgelse.⁶³

2.4.2 Forholdet mellom Dublin-samarbeidet og medlemslandenes øvrige internasjonale forpliktelser

Medlemslandene i Dublin-samarbeidet er forpliktet til å oppfylle sine traktatrettslige forpliktelser ”in good faith”,⁶⁴

“The principle of good faith requires States to consider the use of reasonable alternatives proportionate to its policy objectives in international affairs, which is least likely to violate its international obligations.”⁶⁵

Når det gjelder forholdet mellom Dublin-samarbeidet og medlemslandenes øvrige internasjonale forpliktelser, er viktige aspekter ved dette uttrykkelig regulert i Dublin II-forordningen.

Dublin II-forordningen understreker at utviklingen av et felles europeisk asylsystem skal bygge på anvendelsen av Flyktningkonvensjonen, hvorved det garanteres at ”nobody is sent back to persecution, i.e. maintaining the principle of non-refoulement.” Videre heter det at i denne henseende, og “without affecting the responsibility criteria laid down in this Regulation, Member states, all respecting the principle of non-refoulement, are considered as safe countries for third-country nationals.”⁶⁶

⁶³ Einarsen (1990).

⁶⁴ Jfr. Wien-konvensjonen om traktatretten art 26.

⁶⁵ Goodwin-Gill (2007) s. 390.

⁶⁶ Forordet punkt (2).

Det at det i forordet eksplisitt henvises til prinsippet om non-refoulement understreker betydningen av prinsippet. Dette innebærer at Dublin II-forordningen bygger på en erkjennelse om at alle medlemslandene i Dublin-samarbeidet er forpliktet seg til å etterleve prinsippet om non-refoulement. I forlengelsen av dette presumeres det at medlemslandene respekterer prinsippet om non-refoulement. Nettopp på denne bakgrunn er medlemslandene å anse som trygge for tredjelandsborgere.

I tillegg bygger Dublin-samarbeidet på en forutsetning om at medlemslandene overholder sine øvrige internasjonale forpliktelser. Det er uttrykkelig sagt at hva angår behandlingen av personer som omfattes av Dublin II-forordningen, er medlemsstatene ”bound by obligations under instruments of international law to which they are party”.⁶⁷ Med dette forutsettes det at Dublin II-forordningen ikke strider mot medlemsstatenes øvrige internasjonale forpliktelser.

Det at Dublin II-forordningen anser ethvert medlemsland som trygt for asylsøkere og til enhver tid, kan i seg selv være problematisk.

Når Dublin-samarbeidet bygger på forutsetningen om at medlemslandene respekterer sine internasjonale forpliktelser, herunder prinsippet om non-refoulement, er det klart at Dublin II-forordningen må tolkes i lys av folkeretten for øvrig. Blant annet Flyktningkonvensjonen, som det henvises uttrykkelig til i samtlige rettsaker under europeisk asylrett, og menneskerettighetsinstrumenter som EMK, som alle medlemslandene har ratifisert, utgjør dermed det rettslige rammeverket for europeisk asylrett.

⁶⁷ Forordet punkt (12).

3 Flyktningkonvensjonen art 33

3.1 Innledning

Flyktningkonvensjonen ble utarbeidet av United Nations (FN) i kjølvannet av annen verdenskrig, med sikte på å hjelpe og håndtere strømmen av flyktninger som krigen hadde forårsaket. Flyktningkonvensjonen var derfor opprinnelig begrenset til europeiske flyktninger på flukt grunnet hendelser før 1951. Gjennom en tilleggsprotokoll av 1967 ble imidlertid Flyktningkonvensjonens anvendelsesområde utvidet til å omfatte alle flyktninger. Flyktningkonvensjonen og dens tilleggsprotokoll av 1967 er de viktigste instrumenter i flyktningretten.

I det følgende skal det gis en beskrivelse av prinsippet om non-refoulement, slik det kommer til uttrykk i Flyktningkonvensjonen art 33 (punkt 3.2). Etterfulgt av noen bemerkninger om konvensjonsorganet etter Flyktningkonvensjonen (punkt 3.3).

3.2 Vern mot refoulement

Prinsippet om non-refoulement er forankret i Flyktningkonvensjonen art 33 nr 1, som lyder følgende:

”No contracting state shall expel or return (”refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

Som det fremgår av ordlyden er Flyktningkonvensjonen art 33 koblet opp mot flyktningbegrepet. Med flyktning menes etter Flyktningkonvensjonen art 1 A enhver person som

“owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country (...)”.

En anvendelse av Flyktningkonvensjonen art 33 forutsetter imidlertid ikke en formell innvilgelse av flyktningstatus. Hensynet til en effektiv beskyttelse tilsier tvert i mot at prinsippet om non-refoulement ikke bare gjelder flyktninger, men også asylsøkere. Det er slik at forbudet mot refoulement “applies to the moment at which asylum seekers present themselves for entry, either within a State or at its border”.⁶⁸

Flyktningkonvensjonen art 33 forbyr ikke bare retur til hjemlandet, men også til et annet land hvor det vil være fare for forfølgelse. Dette fremgår klart av ordlyden i Flyktningkonvensjonen art 33, jfr. uttrykket “the frontiers of territories”.

I tillegg er det slik at “the drafters of the 1951 Convention clearly intended that refugees not be returned, either to their country of origin or to other countries in which they would be at risk”.⁶⁹

En rett til å få innvilget asyl er ikke inntatt i Flyktningkonvensjonen. Forbudet mot refoulement i Flyktningkonvensjonen art 33 får derfor stor selvstendig betydning fordi det gir en person krav på vern mot refoulement.

⁶⁸ Jfr. Goodwin-Gill (2007) s. 208.

⁶⁹ Jfr. forarbeidene slik henviset til i Goodwin-Gill (2007) s. 204.

Statene som har tiltrådt Flyktningkonvensjonen,⁷⁰ er forpliktet til ikke å sende en person til et sted hvor vedkommende risikerer forfølgelse.

Selv om spørsmålet om varig beskyttelse i form av asyl er underlagt statenes skjønn, er statene forpliktet til å gi beskyttelse mot refoulement. Statene har dermed en indirekte plikt til å gi beskyttelse, i alle fall i form av trygt midlertidig opphold.⁷¹

Prinsippet om non-refoulement i Flyktningkonvensjonen art 33 er ikke absolutt. Flyktningkonvensjonen art 33 punkt 2 gjør unntak fra forbudet mot refoulement, blant annet ved fare for tilfluktstatens sikkerhet. Dette innebærer at prinsippet om non-refoulement ikke er ukrenkelig etter Flyktningkonvensjonen art 33.

3.3 FNs høykommissær for flyktninger

Etter Flyktningkonvensjonen art 35 har FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) rett og plikt til å overvåke medlemsstatenes praktisering av konvensjonen, og konvensjonsstatene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR.

UNHCR ble opprettet av FNs Generalforsamling i 1950, med sikte på å ha “the function of providing international protection (...) and of seeking permanent solutions for the problems of refugees”.⁷² UNHCR har altså et omfattende og viktig mandat, og anses som den viktigste aktøren på flyktningrettsfeltet.

UNHCR har utarbeidet en håndbok for tolkningen av Flyktningkonvensjonen,⁷³ og kommer blant annet med anbefalinger til konvensjonsstatene vedrørende flyktningsrettslige spørsmål.⁷⁴ UNHCR har også hatt en del fokus på Dublin-samarbeidet både generelt og konkret i forhold til retur til spesifikke land.⁷⁵

⁷⁰ 144 stater har tiltrådt Flyktningkonvensjonen og tilleggsprotokoll av 1967.

⁷¹ Einarsen (2000) s. 97.

⁷² Jfr. Statuttene for UNHCR, vedlegg punkt 1.

⁷³ ”Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.”

⁷⁴ ”Guidelines on International Protection.”

⁷⁵ Blant annet ”The Dublin II Regulation – A UNHCR Discussion Paper” (2006).

UNHCR har imidlertid i utgangspunktet bare en rådgivende funksjon, og dermed en begrenset mulighet til å håndheve rettighetene etter Flyktningkonvensjonen. De beslutninger UNHCR treffer, eksempelvis i form av anbefalinger til statene, er ikke bindende.

Selv om UNHCRs anbefalinger ikke er rettslig bindende, kan de ha rettslig relevans. Både nasjonale domstoler og Domstolen har i sine avgjørelser vist til anbefalinger fra UNHCR.⁷⁶ Videre kan landene også føle seg moralsk eller politisk forpliktet til å etterleve ikke-bindende beslutninger. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens ramme å behandle dette utførlig.

⁷⁶ Se eksempelvis K.R.S. mot Storbritannia.

4 EMK art 3

4.1 Innledning

EMK er intet flyktningrettslig instrument; verken en rett til å søke asyl eller en rett til vern mot tilbakesendelse er eksplisitt regulert i konvensjonen. Selv om EMK ikke uttrykkelig behandler asylrelaterte spørsmål, har imidlertid Domstolen, i kraft av å være den viktigste fortolkeren av EMK, etablert og utviklet rettigheter i konvensjonen som får stor betydning i asylsammenheng. Dette gjelder særlig gjennom tolkningen av EMK art 3, som har fått stor betydning for innholdet i og rekkevidden av prinsippet om non-refoulement.

EMK art 3 lyder som følger;

”No one shall be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.”

Det ligger ikke innenfor denne avhandlingens ramme å gi en grundig redegjørelse av innholdet i begrepene ”tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.” Det anses imidlertid nødvendig med enkelte generelle bemerkninger om de materielle vilkårene i EMK art 3 (punkt 4.2.1), særlig hvilke momenter som kan vektlegges i vurderingen av om en handling kan anses å være i strid med EMK art 3 (punkt 4.2.2).

Det sentrale i denne delen av avhandlingen er å undersøke om EMK art 3 inneholder et eksterriortalt vern mot behandling i strid med EMK art 3 (punkt 4.3).

Det er først når det kan oppstilles et eksterritorialt vern etter EMK art 3, at det blir tale om et vern mot refolement etter bestemmelsen. Sett i lys av problemstillingen for avhandlingen er altså en eksterritoriell anvendelse av EMK art 3 en forutsetning for at bestemmelsen skal kunne utgjøre en skranke for Dublin-samarbeidet.

Spørsmålet om rekkevidden av det eksterritoriale vernet etter EMK art 3, er samtidig et spørsmål om rekkevidden av prinsippet om non-refoulement (punkt 4.4).

Når innholdet i og rekkevidden av forpliktelsene etter EMK art 3 er kartlagt, vil ulike spørsmål knyttet til risikovurderingen etter bestemmelsen bli behandlet (punkt 4.5).

4.2 De materielle vilkår

4.2.1 Generelt om EMK art 3

Domstolen har i sin rettspraksis fastslått at en krenkelse av EMK art 3 forutsetter “ a minimum level of severity”.⁷⁷ Begrepene i bestemmelsen skal med andre ord tolkes restriktivt.⁷⁸ Hvorvidt det foreligger krenkelse av EMK art 3 avhenger altså av om et minstenivå av alvorlighetsgrad er oppnådd. Dette minimum er en relativ størrelse; “it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.”⁷⁹

Momentene i helhetsvurderingen vil ikke bare være relevante for spørsmålet om en behandling er i strid med EMK art 3, men vil også ha betydning for å skille mellom tortur og annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.⁸⁰

⁷⁷ Soering mot Storbritannia para. 100.

⁷⁸ Jfr. Danelius (2002) s. 72.

⁷⁹ Soering mot Storbritannia para. 100.

⁸⁰ *Law of the European Convention on Human Rights* (2009) s. 70.

Om Domstolen karakteriserer et forhold som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende, er et gradsspørsmål; ”this distinction derives principally from a difference in the intensity of the suffering inflicted.”⁸¹

EMK art 3 kan derfor anses for å gi uttrykk for et hierarki av krenkelser, hvor tortur utgjør den groveste formen for krenkelse, mens nedverdiggende behandling utgjør bestemmelsens nedre grense.

Domstolen skiller imidlertid ikke alltid mellom de ulike kategoriene av krenkelser i EMK art 3, særlig ikke mellom ”umenneskelig” og ”nedverdiggende” behandling eller straff, men har ofte i stedet bare konkludert med at handlingen er i strid med EMK art 3.⁸²

Det å bli dømt for tortur berører en konvensjonsstats omdømme på en særlig markant vis.⁸³ Med henvisning til sontringen mellom de ulike kategoriene krenkelser i EMK art 3 har Domstolen fremholdt at “the special stigma of “torture” (...) attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering.”⁸⁴

Prinsippet om at EMK skal tolkes i lys av samfunnsutviklingen, kan medføre at “certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future.”⁸⁵ Gjennom konvensjonens dynamiske karakter kan altså Domstolen med tiden stille strengere krav til konvensjonsstatene;

⁸¹ Irland mot Storbritannia para. 167.

⁸² Blant annet i Soering mot Storbritannia para. 111.

⁸³ Jfr. Danelius (2002) s. 72.

⁸⁴ Aydin mot Tyrkia para. 82. Se også Aksoy mot Storbritannia para. 63.

⁸⁵ Selmouni mot Frankrike para. 101.

” [T]he increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.”⁸⁶

Samtidig vil kravene til minstenivået av alvorlighetsgrad, for at en handling skal rammes av EMK art 3, kunne senkes etter hvert.⁸⁷

4.2.2 Momenter i vurderingen av hvorvidt en handling er i strid med EMK art 3

I sin rettspraksis har Domstolen vektlagt formålet med handlingen;

“[I]n considering whether a punishment or treatment is “degrading” (...), the Court will have regard to whether its object is to humiliate and debase the person concerned.”⁸⁸

På den annen side kan fravær av et slikt formål om å ydmyke og fornedre vedkommende person, ikke utelukke brudd på EMK art 3.⁸⁹

Hva angår handlingens konsekvenser er både fysiske og psykiske forhold av betydning;

“[A]ccount is to be taken not only of the physical pain experienced but also, where there is a considerable delay before execution of the punishment, of the sentenced person’s mental anguish of anticipating the violence he is to have inflicted on him.”⁹⁰

⁸⁶ Selmouni mot Frankrike para. 101.

⁸⁷ *Law of the European Convention on Human Rights* (2009) s. 71.

⁸⁸ Raninen mot Finland para. 55.

⁸⁹ Peers mot Greece para. 74.

⁹⁰ Soering mot Storbritannia para. 100.

I tillegg til selve fysiske smerten knyttet til handlingen, vil altså også den psykiske påkjenningen i påvente av straffen eller behandlingen altså i seg selv være et viktig moment.

I saken Soering mot Storbritannia (1989) konkluderte Domstolen med at en ”ventetid” (som vanlig på seks til åtte år) på såkalt ”death row” i påvente av dødsstraff ville være i strid med EMK art 3.

Hvorvidt handlingen har et offentlig tilsnitt (”the public nature of the punishment or treatment”) er et relevant moment. På den annen siden, “it may well suffice that the victim is humiliated in his or her own eyes, even if not in the eyes of others.”⁹¹

I denne sammenheng må det imidlertid skilles mellom henholdsvis idømmelse og gjennomføring av straff;

“[A] person may be humiliated by the mere fact of being criminally convicted. However, what is relevant for the purposes of Article 3 (...) is that he should be humiliated not simply by his conviction but by the execution of the punishment which is imposed on him. In fact, in most if not all cases this may be one of the effects of judicial punishment, involving as it does unwilling subjection to the demands of the penal system.”⁹²

Det er altså forholdene rundt gjennomføringen av straffen som EMK art 3 tar sikte på å ramme. Det følger for øvrig av ordlyden i EMK art 3 at bestemmelsen ikke tar sikte på å ramme straff generelt;

⁹¹ Raninen mot Finland para. 55.

⁹² Tyrer mot Storbritannia para. 30.

“Article 3 (...), by expressly prohibiting "inhuman" and "degrading" punishment, implies that there is a distinction between such punishment and punishment in general.”⁹³

Domstolen har videre fremholdt at lidelsen og ydmykelsen må overstige den uunngåelige lidelse og ydmykelse forbundets med en berettiget behandling eller straff, for å kunne rammes av EMK art 3.⁹⁴

I saken Tyrer mot Storbritannia (1978) var spørsmålet om fysisk avstraffelse av en 15 år gammel skoleelev var i strid med EMK art 3. Avgjørelsen illustrerer betydningen av flere viktige momenter.

Vurderingen av hvorvidt fysisk avstraffelse var en handling i strid med EMK art 3 måtte foretas på bakgrunn av at “the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions.”⁹⁵

Tyrer hadde i lag med andre skolekamerater banket opp en medelev. Han ble idømt en straff som bestod i tre piskeslag. Selve straffen ble gjennomført på en politistasjon flere uker etter. Domstolen vektla at Tyrer “in addition to the physical pain he experienced (...) was subjected to the mental anguish of anticipating the violence he was to have inflicted on him.”⁹⁶

Under gjennomføringen av straffen måtte Tyrer ta av seg underbuksen og bøye seg over et bord, og mens to politimenn holdt i han, utførte en tredje selve piskingen. I tillegg var guttens far og en lege tilstedet. Handlingen var i kjernen av det EMK art 3 tar sikte på å ramme;

⁹³ Tyrer mot Storbritannia para. 30.

⁹⁴ Kalashnikov mot Russland para. 95 og Kudla mot Polen para. 92.

⁹⁵ Tyrer mot Storbritannia para. 31.

⁹⁶ Ibid para. 33.

“[H]is punishment - whereby he was treated as an object in the power of the authorities - constituted an assault on precisely that which it is one of the main purposes of Article 3 (...) to protect, namely a person’s dignity and physical integrity.”⁹⁷

Domstolen konkluderte på denne bakgrunn med at forbudet mot nedverdiggende behandling var overtrådt.⁹⁸

4.3 Eksterritoriell anvendelse av EMK art 3

4.3.1 Innledning

EMK art 1 fastslår at konvensjonsstatene skal sikre enhver ” within their jurisdiction” de rettighetene som fremgår av EMK. Ordlyden tilsier at det foreligger en territoriell begrensning etter EMK art 1. Videre har Domstolen uttalt at “the jurisdictional competence of a State is primarily territorial.”⁹⁹ I utgangspunktet er konvensjonsstatene derfor bare forpliktet til å sikre rettighetene til personer som er innenfor deres eget territoriale myndighetsområde.

Spørsmålet er om det foreligger et eksterritorialt vern etter EMK art 3 mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling(4.3.2). I så fall er det, av hensyn til problemstillingen for avhandlingen, særlig interessant å finne ut om EMK art 3 kan anvendes i saker om retur av asylsøkere (4.3.3).

EMK art 3 anses som et absolutt forbud mot tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Vil bestemmelsen kunne ha samme absolutte karakter i eksterritoriell sammenheng (4.3.4)?

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Domstolen anså derimot ikke handlingen som ”nedverdiggende straff”.

⁹⁹ Bankovic m. fl. mot Belgia m. fl. para 59.

4.3.2 Eksterritoriell anvendelse i utleveringssaker

En grunnleggende sak om spørsmålet om eksterritoriell anvendelse av EMK art 3 er Soering mot Storbritannia (1989).

Spørsmålet i saken var om Soering, som var en tysk borger, kunne utleveres til USA, hvor han risikerte å få dødsstraff for å ha drept foreldrene til sin forlovede.

Soering påberopte at den seks til åtte år lange tiden på såkalt ”death row”, i påvente av dødsstraffen, ville innebære brudd på EMK art 3 i form av umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.

Et av de viktigste spørsmålene Domstolen måtte ta stilling til var hvorvidt forpliktelsen til å beskytte personer mot behandling i strid med EMK art 3, gjaldt utenfor medlemsstatens eget territorium. Med andre ord om det kunne oppstilles et eksterritorialt vern mot behandling i strid med EMK art 3.

I følge Domstolen måtte en tolking av konvensjonen skje i lys av dens ”special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms”.¹⁰⁰ Det absolutte forbudet etter EMK art 3 medfører at bestemmelsen ”enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe”.¹⁰¹

Domstolen sammenlignet EMK art 3 med TK art 3, som etter ordlyden klart omfatter et forbud mot utlevering,¹⁰² og uttalte;

¹⁰⁰ Para. 87.

¹⁰¹ Para. 88.

¹⁰² TK art 3 lyder: ”No State Party should expel, return (refouler) or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture”.

”The fact that a specialized treaty should spell out in detail a specific obligation attaching to the prohibition of torture does not mean that that an essentially similar obligation is not already inherent in the general terms of Article 3...of the European Convention”.¹⁰³

Domstolen fremholdt at det ikke ville være forenlig med EMKs verdigrunnlag å utlevere en rømling til tross for “substantial ground for believing that he would be in danger of being subjected to torture”. Utlevering under slike omstendigheter ville i følge Domstolen stride mot “the spirit and intendment of the Article”. Det forelå dermed en ”inherent obligation” (iboende forpliktelse) til ikke å utlevere.¹⁰⁴

Denne iboende forpliktelsen til ikke å utlevere favnet ikke bare den alvorligere formen for krenkelse i form av tortur, men ville samtidig gjelde hvor utlevering innebar ”a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment”.¹⁰⁵ Med andre ord gjaldt forbudet mot utlevering tilsvarende for de mer ”mildere” krenkelsene.

Domstolen konkluderte deretter med at EMK kan få eksterritoriell anvendelse; et medlemsland kan ikke utlevere en rømling til et annet land hvor

” substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.”¹⁰⁶

Domstolen tolket altså EMK art 3 slik at et medlemsland kunne være ansvarlig dersom en utlevering av rømling innebar en reell risiko for behandling i strid med EMK art 3 i mottakerlandet. Med andre ord kunne EMK art 3 anvendes eksterritorielt i utleveringssaker.

¹⁰³ Para. 88.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Para. 91.

4.3.3 Eksterritoriell anvendelse i andre saker

Domstolen har også i saken Cruz Varas mot Sverige behandlet spørsmålet om eksterritoriell anvendelse av EMK art 3. Spørsmålet i saken var om utvisning av en chilensk asylsøker var i strid med EMK art 3. Cruz Varas hevdet at han på grunn av politisk aktivitet mot Pinochet-regimet i Chile hadde blitt utsatt for blant annet tortur, og risikerte ytterligere overgrep i strid med EMK art 3 ved en retur dit.

Domstolen viste til prinsippet om eksterritoriell anvendelse av EMK art 3 i Soering-saken og uttalte som følger;

”Although the present case concerns expulsion as opposed to a decision to extradite, the Court considers that the above principle also applies to expulsion decisions and a fortiori to cases of actual expulsion.”¹⁰⁷

Domstolen la altså til grunn at eksterritoriell anvendelse av forbudet mot behandling i strid med EMK art 3 ikke var begrenset til utlevering, men også kunne få anvendelse i saker om ”expulsion” (utsendelse).

Etter dette kan det fastslås at EMK art 3 inneholder et eksteritorialt vern, som gjør seg gjeldende ikke bare ved spørsmål om utlevering, men også andre former for utsendelse, herunder utsendelse av asylsøkere.¹⁰⁸ Med andre ord er eksteritorialvirkningen generell.¹⁰⁹

Dette innebærer at retur til et annet land ikke kan foretas hvis det foreligger en reell risiko for at vedkommende som returneres vil bli utsatt for behandling i strid med EMK art 3 i mottakerlandet.

¹⁰⁷ Para. 70.

¹⁰⁸ Jfr. Einarsen (2000) s. 430.

¹⁰⁹ Jfr. Emberland (1999) s. 37.

4.3.4 Er det eksterritoriale vernet et absolutt vern?

Det fremgår av EMK art 15 at EMK art 3 er absolutt i den forstand at det ikke kan derogeres fra bestemmelsen i krisesituasjoner.

I saken Chahal mot Storbritannia behandlet Domstolen spørsmålet om vernet etter EMK art 3 kunne begrenses i visse tilfeller. Saken gjaldt utvisning av en sikh-separatist, og hans familie, til India. Chahal hadde vært mistenkt for terrorhandlinger, herunder planlegging av drap på moderate sikher i Storbritannia og videre den indiske statsministeren under hans offisielle besøk i Storbritannia. På bakgrunn av dette ble det fattet vedtak om utvisning.

Chahal påberopte imidlertid at han ville risikere behandling i strid med EMK art 3 i India, og derfor ikke kunne utvises. Spørsmålet var altså om hvorvidt eksteritorialvernet etter EMK art 3 gjaldt tilsvarende i en sak hvor hensynet til den nasjonale sikkerhet tilsa at utvisning ble foretatt. Domstolen uttalte;

“The prohibition provided by Article 3 (...) against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases. Thus, whenever substantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (...) if removed to another State, the responsibility of the Contracting State to safeguard him or her against such treatment is engaged (...). In these circumstances, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration.”¹¹⁰

¹¹⁰ Para. 80.

Domstolen slo altså fast at selv hensynet til nasjonal sikkerhet ikke kunne gå foran vernet i EMK art 3.¹¹¹ Vernet mot tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff er absolutt og omfatter enhver, også i eksterritoriell sammenheng.¹¹²

Som tidligere nevnt tillater Flyktningkonvensjonen i art 33 punkt 2 at det gjøres unntak fra forbudet om non-refoulement ved fare for tilfluktstatens sikkerhet. Vernet etter EMK art 3 er derimot absolutt, og dermed sterkere enn etter Flyktningkonvensjonen.

4.4 EMK art 3 og vern mot refoulement

4.4.1 Innledning

På bakgrunn av redegjørelsen overfor (punkt 4.3) er det klart at det foreligger et eksterritorialt vern etter EMK art 3, som omfatter alle former for retur.

Med andre ord inneholder EMK art 3 et implisitt vern mot å bli sendt til et sted hvor det er risiko for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Flyktningrettslig kan dette betegnes som et vern mot refoulement.

Spørsmålet som deretter oppstår er om forpliktelsene etter EMK art rekker enda videre; er en konvensjonsstat forpliktet til ikke å returnere en person til et sted hvis det er risiko for at vedkommende blir sendt videre derfra til tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff? Med andre ord; omfatter EMK art 3 et vern mot retur ved fare for å bli utsatt for refoulement av en annen stat?

¹¹¹ Et mindretall på syv dommere mente imidlertid at det burde foretas en konkret vurdering av hensynene som gjorde seg gjeldende, og at den absolutte karakteren EMK art 3 hadde bare gjaldt dersom den ble anvendt territorielt.

¹¹² Domstolen har i etterkant behandlet flere saker hvor spørsmålet har vært om hensynet til nasjonal sikkerhet, særlig pga terrorfare, kan gå foran eksterritorialvernet etter EMK art 3. Domstolens har imidlertid fastholdt og gjentatt det prinsipielle standpunktet uttrykt i Chahal-saken. Se blant annet Saadi mot Italia (2008).

I teorien er dette blant annet blitt referert til som et spørsmål om indirekte refoulement eller kjede-refoulement.¹¹³

I det følgende skal først spørsmålet om det foreligger et vern mot indirekte refoulement etter EMK art 3 behandles (punkt 4.4.2). Deretter skal det undersøkes hvilken virkning det har for forpliktelsene etter EMK art 3 at konvensjonsstaten vurderer retur til en annen konvensjonsstat (punkt 4.4.3). Har det videre noen betydning at retur foretas i medhold av Dublin II-forordningen (punkt 4.4.4)?

Av hensyn til problemstillingen for avhandlingen er det videre særlig aktuelt å undersøke hvilke konsekvenser diplomatiske garantier har for forpliktelsene etter EMK art 3 (punkt 4.4.6).

4.4.2 Direkte refoulement

Det at konvensjonsstatene er forpliktet til å avstå fra retur av en person til et annet sted hvor vedkommende risikerer å bli utsatt for behandling i strid med EMK art 3, kalles gjerne for vern mot direkte refoulement.

4.4.3 Om indirekte refoulement

Torturkomiteen, håndhevingsorganet etter TK, har bemerket at uttrykket ”another state” i TK art 3 omfatter “the State to which the individual concerned is being expelled, returned or extradited, as well as to any State to which the author may subsequently be expelled, returned or extradited (min uth.)”¹¹⁴

¹¹³ Det er imidlertid noe uenighet rundt begrepsbruken. ”While a State that *actually* returns a refugee to persecution or other serious harm remains primarily claim responsible for that act, the first State, through its act of expulsion, may be jointly liable for it. Phrases such as “indirect” or “chain” *refoulement* are therefore misleading, since they divert attention from basis of the liability and the nature of the act attributable to the first state. Se Goodwin-Gill s. 253.

¹¹⁴ Jfr. CAT generell kommentar nr. 1 (1997).

Etter SP, hvor art 7 har omtrent sammenfallende ordlyd som EMK art 3, har statene en plikt til ikke å “extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory, where there are substantial grounds for believing that there is a real risk of irreparable harm, such as that contemplated by articles 6 and 7 of the Covenant, *either in the country to which removal is to be effected or in any country to which the person may subsequently be removed* (min uth.)”¹¹⁵

Etter Flyktningkonvensjonen art 33 er statene forpliktet til å hindre at flyktninger utsettes for refoulement “in any manner whatsoever”. Indirekte refoulement kan derfor være i strid med Flyktningkonvensjonen art 33.^{116 117}

I teorien er det fremholdt at det er ”well established that the principle of *non-refoulement* includes protection from return to territories where the individual, although not directly of risk of persecution, torture, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, faces a danger of being expelled to other territories where such a risk exists.”¹¹⁸

Øvrige rettslige instrumenter virker å omfatte vern mot indirekte refoulement. Dette vil kunne ha betydning for Domstolens forståelse av denne problemstillingen.

Reelle hensyn taler for at det avgjørende ikke bør være hvorvidt en person returneres direkte eller indirekte til behandling i strid med EMK art 3, men hvorvidt det er en reell risiko for at vedkommende senere vil bli utsatt for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

¹¹⁵ FNs menneskerettighetskomité generell kommentar nr. 31 (2004).

¹¹⁶ Hathaway (2005) s. 326.

¹¹⁷ Det er hevdet at også Flyktningkonvensjonen, i kraft av formålsbetraktninger, gir et vern mot indirekte refoulement. Se Einarsen (2009) s. 420.

¹¹⁸ Goodwin-Gill (2007) s. 252.

Domstolen berørte spørsmålet om indirekte refoulement i saken T. I. mot Storbritannia. Saken gjaldt en asylsøker fra Sri Lanka, T. I., som hadde søkt om asyl i Storbritannia etter å ha fått avslag på asyl i Tyskland.

T. I. mente at en retur til Tyskland ville innebære brudd på EMK art 3, fordi han risikerte å bli sendt videre fra Tyskland til Sri Lanka, hvor han ville bli utsatt for blant annet tortur.¹¹⁹

Spørsmålet for Domstolen var altså om EMK art 3 innebar en forpliktelse for et medlemsland til ikke å foreta retur, hvis det forelå risiko for å bli utsatt for behandling i strid med EMK art 3 etter videre retur fra mottakerstaten.

Domstolen fremholdt at

“[T]he indirect removal in this case to an intermediary country, (...), does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, (...), exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.”

I følge Domstolen hadde altså Storbritannia også plikt til å påse at vedkommende person heller ikke indirekte ble utsatt for behandling i strid med EMK art 3.

På bakgrunn av dette kan det fastslås at EMK art 3 inneholder et vern mot indirekte refoulement; en person kan ikke returneres til et annet land, om han risikerer å bli sendt videre derfra til behandling i strid med EMK art 3.

¹¹⁹ Tyskland anså ikke på den tiden forfølgelse fra ikke-statlige agenter som dekket av forfølgelsesbegrepet i Flyktningkonvensjonen.

4.4.4 Kan et EMK-land ubetinget returnere til et annet EMK-land?

Alle statene som har ratifisert EMK (EMK-land) er forpliktet til å respektere og verne om rettighetene som fremgår av konvensjonen. Det at mottakerlandet også er et EMK-land kan derfor i utgangspunktet tilsi at retur dit bør kunne skje ubetinget, så fremt det ikke foreligger en direkte fare for refolement.

Videre vil jo det mottakerlandet som direkte sender en person til tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling kunne bli stilt ansvarlig for krenkelsene etter EMK. På den annen side er det klart at beskyttelsen mot slike krenkelser vil være mer effektiv om konvensjonslandene kunne bli ansvarlig også for indirekte refolement.

Domstolen har i sin vurdering av risikoen for behandling i strid med EMK art 3 ved utsendelse, tillagt vekt på hvorvidt mottakerstaten har ratifisert EMK;

” [T]he Court attaches importance to the fact that the case concerns expulsion to a High Contracting Party to the European Convention on Human Rights, which has undertaken to secure the fundamental rights guaranteed under its provisions.”¹²⁰

I den tidligere nevnte T. I. - saken var det tale om retur fra et EMK-land (Storbritannia) til et annet EMK-land (Tyskland). Domstolen uttalte som følger;

“[T]he indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.”

¹²⁰ Tomic mot Storbritannia. Saken gjaldt utvisning av en etnisk serber til Kroatia.

I følge Domstolen var det altså i seg selv ikke nok at mottakerlandet også var et EMK-land. Avgjørelsen innebærer at et EMK-land ikke ubetinget kan returnere en person til et annet land som har ratifisert EMK. Konvensjonsstatene har tvert imot et selvstendig ansvar for å påse at vedkommende som returneres også ikke senere blir utsatt for behandling i strid med EMK art 3.

4.4.5 Kan Dublin II-forordningen virke inn på forpliktelsene?

Som tidligere nevnt anses alle samarbeidslandene å være trygge for tredjelandsborgere etter Dublin II-forordningen. På bakgrunn av dette er det særlig interessant å stille spørsmål om Dublin II-forordningen kan benyttes automatisk til retur til et presumptivt trygt land?

I T. I. - saken skulle T. I. returneres til Tyskland nettopp i medhold av Dublin II-forordningen. Domstolen berørte derfor også spørsmålet om hvilken betydning det har for forpliktelsene etter EMK art 3 at mottakerlandet deltar i Dublin-samarbeidet.

Domstolen understreket uttrykkelig;

“ (...) Nor can the United Kingdom rely automatically (...) on the arrangements made in the Dublin Convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims.”

Videre uttalte Domstolen;

“Where States establish...international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution.”

Internasjonale samarbeid på ulike områder, som Dublin-samarbeidet på asylrettsfeltet, må altså være i samsvar med rettighetene etter EMK, og Domstolen må kunne prøve om dette faktisk er tilfelle.

Etter dette er det klart at et medlemsland ikke automatisk kan benytte Dublin II-forordningen for retur til de øvrige medlemslandene, selv om alle medlemslandene presumeres å være trygge.

Det at konvensjonsstatene deltar i Dublin-samarbeidet innvirker ikke på forpliktelsene etter EMK art 3. Konvensjonsstatene har altså, til tross for Dublin II-forordningen, et selvstendig ansvar for å påse at vedkommende som returneres ikke blir utsatt for direkte eller indirekte refoulement. Følgelig vil ikke Dublin II-forordningen kunne anvendes dersom vedkommende som vurderes returnert til et medlemsland risikerer å bli returnert derfra videre til behandling i strid med EMK art 3.

4.4.6 Diplomatiske garantier

Et spørsmål som reiser seg er hvilken betydning “diplomatiske garantier” har for vurderingen av forpliktelsene etter EMK art 3. Den kan tenkes at mottakerlandet forsikrer konvensjonsstaten om at vedkommende som vurderes returnert ikke vil bli utsatt for behandling i strid med EMK art 3 i mottakerlandet eller, mer relevant for Dublin-samarbeidet, ikke vil bli sendt videre til slik behandling.¹²¹

¹²¹ I denne forbindelse er det interessant å merke seg at i Norge, etter informasjonen om krenkelser av asylsøkernes rettigheter i Hellas, begynte norske utlendingsmyndigheter å innhente forsikring fra Hellas om at asylsøkere som ble returnert dit i henhold til Dublin II-forordningen, og ikke allerede hadde vært gjennom en to-instans behandling i Hellas, fikk tilgang til en forsvarlig asylprosedyre. Kravet om skriftlige forsikringer fra greske myndigheter ble imidlertid opphevet i august 2009. AID fremholdt i den sammenheng at norske myndigheter måtte legge til grunn at Hellas respekterte sine internasjonale forpliktelser i henhold til Flyktningkonvensjonen og EMK art 3, og at en skriftlig forsikring ikke burde endre dette utgangspunktet.

I praksis fra Domstolen er det holdepunkter for å hevde at garantier fra mottakerlandet tillegges betydning.

I den tidligere nevnte Chahal-saken, om utvisning av en sikh-separatist til India, ble Storbritannia forsikret om at Chahal ville få “the same legal protection as any other Indian citizen, and that he would have no reason to expect to suffer mistreatment of any kind at the hands of the Indian authorities.”¹²²

I følge Domstolen var det i utgangspunktet ingen grunn til å “doubt the good faith of the Indian Government in providing the assurances.”¹²³ På bakgrunn av den øvrige informasjonen i saken, særlig informasjonen om overgrep utført av politiet mot sikh-separatister, kunne imidlertid ikke Domstolen anse forsikringen som tilstrekkelig til å utelukke risikoen for behandling i strid med EMK art 3.

I en annen lignende sak, Saadi mot Italia, var spørsmålet om utvisning av en tunisier, blant annet av hensyn til nasjonal sikkerhet, ville innebære brudd på EMK art 3. Saadi hadde i hans fravær blitt idømt en straff på 20 år i Tunisia på grunn av terrorvirksomhet, og påberopte at han ville bli utsatt for tortur i Tunisia.

Italia anmodet Tunisia om en forsikring om at Saadi ikke ville bli utsatt for behandling i strid med EMK art 3. Fra tunisisk hold ble det gitt følgende forsikring;

“Tunisian laws in force guarantee and protect the rights of prisoners in Tunisia and secure to them the right to a fair trial. (...)Tunisia has voluntarily acceded to the relevant international treaties and conventions.”¹²⁴

¹²² Chahal mot Storbritannia para. 37.

¹²³ Ibid. para. 105.

¹²⁴ Saadi mot Italia para. 55.

I sammenheng med vurderingen av denne veldig generelle forsikringen, kom Domstolen med viktige bemerkninger;

“[T]he existence of domestic laws and accession to international treaties guaranteeing respect for fundamental rights in principle are not in themselves sufficient to ensure adequate protection against the risk of ill-treatment where, as in the present case, reliable sources have reported practices resorted to or tolerated by the authorities which are manifestly contrary to the principles of the Convention.”¹²⁵

Det at en konvensjonsstat har tiltrådt menneskerettighetskonvensjoner er altså ikke i seg selv nok som en forsikring mot krenkelse av EMK art 3. Det skal noe mer til.

I T.I.-saken var Domstolen “satisfied by the German Government’s assurances that the applicant would not risk immediate or summary removal to Sri Lanka.”¹²⁶

4.4.7 Undersøkelsesplikt

Det følger av redegjørelsen overfor at konvensjonsstatene er forpliktet til å avstå fra retur som innebærer en risiko for behandling i strid med EMK art 3, i form av både direkte og indirekte refoulement. Dette medfører at konvensjonsstatene har en plikt til å undersøke om det foreligger en risiko for refoulement. EMK forutsetter altså at konvensjonsstatene har en positiv plikt til å undersøke den risikoen som påberopes.¹²⁷

¹²⁵ Ibid para. 147.

¹²⁶ T. I. delte tydeligvis ikke Domstolens overbevisning, og forsvant. Se Vevstad (2006) s. 199.

¹²⁷ Jfr. Kjølbro (2005) s. 182.

4.5 Risikovurderingen etter EMK art 3

4.5.1 Innledning

EMK art 3 er ikke til hinder for retur til et trygt land. Hvorvidt et land er trygt må bero på en konkret vurdering av både risikoen for behandling i strid med EMK art 3 i mottakerlandet og risikoen for videre retur til hjemlandet.

I sin rettspraksis har Domstolen oppstilt et krav om ”reell risiko” for behandling i strid med EMK art 3. I det følgende vil, med særlig henblikk på saker om utsendelse, risikokravet bli undersøkt (punkt 4.5.2). Videre vil det nærmere tidspunktet for risikovurderingen bli behandlet (punkt 4.5.3).

4.5.2 Kravet til reell risiko

Etter Domstolens praksis er retur er i strid med EMK art 3 såfremt;

“[S]ubstantial grounds have been shown for believing that an individual would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3.”¹²⁸

For at EMK art 3 skal få anvendelse i saker om utsendelse må det altså foreligge en reell risiko for at vedkommende vil bli utsatt for tortur eller annen form for umenneskelig eller nedverdiggende behandling ved en retur. Denne risikovurderingen vil være konkret.

Domstolens praksis gir grunnlag for å fastslå at det verken kreves sikkerhet eller sannsynlighetsovervekt for behandling i strid med EMK art 3.

¹²⁸ Chahal mot Storbritannia para. 80.

I den tidligere nevnte Soering-saken, om utlevering av en rømling, kom Domstolen til at det forelå en reell risiko for behandling i strid med EMK art 3, selv om det ikke kunne antas at Soering ”would certainly or even probably be convicted of capital murder as charged.”¹²⁹

Storbritannia hadde i henhold til avtalen om utlevering, satt som betingelse at dødsstraff ikke skulle i dømmes, og fått forsikret at dette ”ønsket” skulle videreformidles til dommeren i rettssaken. Videre var det flere andre momenter i saken som talte mot dødsstraff, blant annet Soerings unge alder. Det har blitt hevdet at Domstolens risikovurdering i denne saken tyder på at selv en forholdsvis liten risiko kan bli ansett som reell.¹³⁰

Kravene til risikoen vil nok variere ettersom hvor alvorlige krenkelser det er snakk om, slik at selv ”a small risk may be significant and ”real” where the foreseeable consequences are very serious.”¹³¹

Derimot viser Domstolens senere avgjørelser at bare en viss mulighet for overgrep ikke er tilstrekkelig.

I Vilvarajah-saken hadde fem tamilske asylsøkere blitt sendt tilbake til Sri Lanka etter avslag på søknad om asyl. Året etter fikk imidlertid alle vende tilbake til England og fikk midlertidig oppholdstillatelse, fordi flere av dem hadde blitt utsatt for nye overgrep. Når saken senere ble behandlet, fremholdt Domstolen som følger;

¹²⁹ Para. 94.

¹³⁰ Jfr. Einarsen (2000) s. 441.

¹³¹ Jfr. Goodwin-Gill (2007) s. 314.

“The evidence before the Court concerning the background of the applicants, as well as the general situation, does not establish that their personal position was any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated as appears to have occurred previously in the cases of some of the applicants (...). A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3 (...).”¹³²

Det å statuere brudd på EMK art 3 i et slikt tilfelle ville åpne for at flere kunne påberope den generelle situasjonen som grunnlag for vern mot retur. Selv om risikoen hadde materialisert seg for flere av asylsøkerne i mellomtida, mente Domstolen at “there existed no special distinguishing features in their cases that could or ought to have enabled (...) to foresee that they would be treated in this way.”¹³³

På bakgrunn av dette konkluderte Domstolen med at det ikke forelå en reell risiko for behandling i strid med EMK art 3 ved en retur til Sri Lanka i februar 1988.¹³⁴

4.5.3 Tidspunktet for vurderingen av risikoen

Når det gjelder tidsmessig fiksering av risikoen gir Domstolens praksis grunnlag for å sondre mellom to tidspunkter, avhengig av hvorvidt personen saken angår fortsatt befinner seg i konvensjonsstaten eller ikke.

Hvis vedkommende som vurderes utsendt fortsatt befinner seg i tilfluktsstaten, knyttes vurderingen til tidspunktet for Domstolens avgjørelse. Dette ble fastslått i Chahal-saken;

¹³² Vilvarajah mot Storbritannia para. 111.

¹³³ Ibid para. 112.

¹³⁴ Ibid para. 115.

“Since he has not yet been deported, the material point in time must be that of the Court's consideration of the case.”¹³⁵

Om retur derimot har blitt foretatt før Domstolen behandler saken, knyttes vurderingen av risikoen for behandling i strid med EMK art 3 til situasjonen på tidspunktet for avgjørelsen om retur;

“[T]he existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the expulsion (...).”¹³⁶

Etterfølgende omstendigheter er imidlertid ikke helt uten betydning;

”[T]he Court is not precluded, however, from having regard to information which comes to light subsequent to the expulsion. This may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant’s fears.”¹³⁷

Etterfølgende omstendigheter kan altså bekrefte eller avkrefte konvensjonsstatens risikovurdering. Av Vilvarajah-saken fremgår det imidlertid at en faktisk materialisering av risikoen, i tiden mellom utsendelsen og behandlingen av saken for Domstolen, ikke er nok til å si at utsendelsen var i strid med EMK art 3;

” [T]he examination of this issue in the present case must focus on the foreseeable consequences of the removal of the applicants to Sri Lanka in the light of the general situation there in February 1988 as well as on their personal circumstances.”¹³⁸

¹³⁵Chahal mot Storbritannia para. 86.

¹³⁶Cruz Varas mot Sverige para. 76.

¹³⁷Ibid.

¹³⁸Vilvarajah mot Storbritannia para. 108.

5 Ulik statspraksis og fare for refoulement

5.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen skal det, på bakgrunn av fremstillingen hittil, undersøkes om ulik beskyttelsespraksis i medlemslandene i Dublin-samarbeidet innebærer en risiko for brudd på prinsippet om non-refoulement.

Som tidligere nevnt forutsetter Dublin-samarbeidet at medlemslandene har en tillit til hverandres asylsystemer. En slik tillit må sies å være avhengig av at medlemslandenes beskyttelsespraksis er innenfor rammene av de internasjonale forpliktelsene.

I denne sammenheng er det såkalte Statusdirektivet,¹³⁹ EU-direktivet om minimumsstandarder for oppnåelse av *internasjonal beskyttelse*, av stor betydning. I likhet med Dublin II-forordningen, utgjør Statusdirektivet en viktig del av felles europeisk asylsystem. Statusdirektivet tar sikte på å harmonisere medlemslandenes beskyttelsespraksis.

Samarbeidslandenes beskyttelsespraksis, muligheten til å få beskyttelse, kan være et viktig moment når asylsøkere velger asylland. Når Dublin II-forordningen fratår asylsøkere en mulighet til selv å bestemme asylland, blir den harmoniseringen av asylretten som Statusdirektivet legger opp til, et viktig premiss for Dublin-samarbeidet. Det skal derfor gjøres noen bemerkninger til Statusdirektivet (punkt 5.2).

En ulik forståelse av beskyttelsesbehovet vil kunne rukke ved Dublin II-forordningens presumpsjon om at alle medlemslandene i Dublin-samarbeidet er trygge til enhver tid. På denne bakgrunn skal samarbeidslandenes beskyttelsespraksis undersøkes (punkt 5.3).

Det vil bli lagt særlig vekt på gresk beskyttelsespraksis, og hvorvidt den innebærer en risiko for brudd på prinsippet om non-refoulement (punkt 5.4).

¹³⁹ Direktiv 2004/83/EF.

5.2 Statusdirektivet

Statusdirektivet angir minimumsstandarder for oppnåelse av *internasjonal beskyttelse*.

Internasjonal beskyttelse innebærer to elementer, for det første beskyttelse som *flyktning* og for det andre *subsidiær beskyttelse*.

Statusdirektivet er et minimumsdirektiv, slik at medlemsstatene fritt kan ha annen praksis, forutsatt at den er til gunst for asylsøkerne.¹⁴⁰

Hensikten med Statusdirektivet er å skape en felles forståelse av beskyttelsesbehovet, og dermed først og fremst sikre at personer som trenger beskyttelse, får det. Statusdirektivet legger derfor for det første opp til en harmonisering av tolkningen av flyktningbegrepet. For det andre forsøkes det å skape en felles forståelse hvem som for øvrig skal gis beskyttelsesstatus.

Selv om Statusdirektivet gjør forskjell mellom flyktningstatus og subsidiær beskyttelse hva angår nærmere rettigheter, var selve reguleringen av sekundær beskyttelse en positiv nyvinning sett hen til medlemslandenes ulike anvendelse av dette beskyttelsesgrunnlaget.¹⁴¹

Flyktningdefinisjonen i Statusdirektivet bygger på flyktningdefinisjonen i Flyktningkonvensjonen.¹⁴² Definisjonen av subsidiær beskyttelse er blant annet koblet opp mot EMK art 3, men begrenses til tortur eller nedverdiggende behandling eller straff i hjemlandet.¹⁴³

¹⁴⁰ Statusdirektivet art 3.

¹⁴¹ Jfr. Vevstad (2006) s. 111.

¹⁴² Statusdirektivet art 2 (c) jfr. Flyktningkonvensjonen art 1 A.

¹⁴³ Statusdirektivet art 2 (e) jfr. art 15 (b). Begrensningen til krenkelser i hjemlandet kan være ment å forhindre anførsler om krenkelser i et tredjeland. En asylsøker vil imidlertid uansett kunne påberope seg det videre vernet etter EMK art 3.

Videre er et viktig formål med harmoniseringen å hindre *asylshopping*. Om muligheten til å få beskyttelse er lik i medlemslandene, vil asylsøkere heller forbli ett sted.

Ved vurderingen av beskyttelse vil behovet for vern mot *refoulement* være viktig.

I forordet henvises det til prinsippet om *non-refoulement*¹⁴⁴ og medlemslandenes øvrige folkerettslige forpliktelser.¹⁴⁵ Statusdirektivet henviser eksplisitt til medlemslandenes plikt til å respektere prinsippet om *non-refoulement*.¹⁴⁶ På samme måte som Flyktningkonvensjonen inneholder Statusdirektivet imidlertid unntak fra prinsippet.¹⁴⁷

5.3 Ulik statspraksis

5.3.1 Oversikt

Statusdirektivet skulle være inkorporert i intern lovgivning innen 10. oktober 2006.¹⁴⁸ Som det fremgår av tabellen nedenfor, er det imidlertid fortsatt slik at medlemslandene praksis med hensyn til beskyttelse varierer i stor grad;¹⁴⁹

2008	Saker behandlet	Innvilgelse	Flyktningstatus	Sekundær	Humanitær
Frankrike	56 115	11 470	9 640	1 800	0
Storbritannia	33 525	10 190	7 715	2 280	195
Tyskland	30 405	10 650	8 935	1 715	0
Sverige	31 220	8 640	1 900	5 220	1 545
Italia	20 260	9 740	1 805	6 310	1 620
Norge	10 325	3 710	1 110	1 220	1 375
Hellas	30 915	415	360	15	40

¹⁴⁴ Forordet punkt(2).

¹⁴⁵ Ibid punkt (11).

¹⁴⁶ Statusdirektivet art 21.

¹⁴⁷ Ibid art 21 (2).

¹⁴⁸ Jfr. Statusdirektivet art 38.

¹⁴⁹ Tallene er hentet fra nettdokument fra Eurostat.

(http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/publication?p_product_code=KS-SF-09-092)

Særlig viser store forskjeller med hensyn til innvilgelse av beskyttelse for asylsøkere fra et bestemt land, at medlemslandene opererer med ulike oppfatninger av beskyttelsesbehovet;¹⁵⁰

2008	Irak		Afghanistan		Somalia	
	første instans	klageinstans	første instans	klageinstans	første instans	klageinstans
Frankrike	82,1 %	37,9 %	30,5 %	39,5 %	56,4 %	46,7 %
Storbrit.	28,6 %	22,8 %	41,5 %	25,9 %	52,4 %	55,8 %
Tyskland	80,1 %	55,6 %	47,5 %	33,4 %	79,3 %	77,8 %
Sverige	31,0 %	45,3 %	44,2 %	55,2 %	57,8 %	54,5 %
Italia	88,2 %	0,0 %	64,3 %	0,0 %	96,0 %	0,0 %
Norge	32,8 %	tall utilgjengelig	82,5 %	tall utilgjengelig	54,4 %	tall utilgjengelig
Hellas	0,2 %	72,8 %	0,8 %	0,0 %	2,2 %	0,0 %

5.3.2 Risiko for refoulement

Av tabellene ovenfor fremgår det at medlemslandene i Dublin-samarbeidet har en ulik forståelse av beskyttelsesbehovet, og følgelig, en ulik beskyttelsespraksis. Dette innebærer at en og samme person kan få beskyttelse i et medlemsland, men risikerer å få avslag i et annet. Ikke bare svekker dette presumpsjonen i Dublin II-forordningen om at alle medlemslandene er trygge til enhver tid, men dette innebærer samtidig en risiko for brudd på forbudet mot refoulement.

I lys av forpliktelsene etter EMK art 3 innebærer dette at et samarbeidsland ikke fritt kan returnere en asylsøker til et annet samarbeidsland, vel vitende om at sistnevnte har et annet syn på beskyttelse.

¹⁵⁰ Ibid.

5.4 Gresk asylpraksis

5.4.1 Innledning

De siste årene har det greske asylsystemet fått mye negativ oppmerksomhet. Kritikken har rettet seg mot flere sider av asylsystemet; beskyttelsespraksisen, adgang til asylprosedyrer og i forhold til mottak av asylsøkere.

UNHCR har naturlig nok hatt en fremtredende rolle i å avdekke og påpeke manglene ved asylsystemet i Hellas, og gjentatte ganger bedt Dublin-land om å stanse overføringene til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen. Videre har UNHCR rådet medlemsstatene til å anvende suverenitetsklausulen i Dublin II-forordningen, og uttalt at ”until respect for international and EU refugee law principles are assured...UNHCR cannot endorse the application of the Dublin II Regulation (...)”¹⁵¹

Domstolen har i en sak om retur til Hellas lagt til grunn at Dublin II-forordningen “is one of a number of measures agreed in the field of asylum policy at the European level and must be considered alongside Member States’ additional obligations under Council Directive 2005/85/EC and Council Directive 2003/9/EC to adhere to minimum standards in asylum procedures and to provide minimum standards for the reception of asylum seekers”¹⁵².

Formålet med Prosedyredirektivet er å fastlegge minimumsstandarder for prosedyrer i medlemslandene for å gi og tilbakekalle flyktningstatus.¹⁵³ Gjennom minimumsstandardene ivaretas grunnleggende krav til rettssikkerheten for asylsøkere. Mottaksdirektivet sikrer på sin side et visst minimum av rettigheter for asylsøkere i forbindelse med blant annet bolig og tilgang til helsetjenester.

¹⁵¹ UNHCR rapport ”Observations on Greece as a country of asylum” (2009).

¹⁵² K.R.S. mot Storbritannia.

¹⁵³ Jfr. Prosedyredirektivet art 1.

Både UNHCR og andre asyl- eller menneskerettighetsorganisasjoner har rapportert om at både tilgangen til asylprosedyrer og mottaksforholdene i Hellas ikke samsvarer med standarden som kreves etter EU-direktivene.

I det følgende skal det greske asylsystemet vurderes i lys av prinsippet om non-refoulement. Spørsmålet er hvorvidt retur til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen innebærer risiko for brudd på prinsippet om non-refoulement.

Det skal tas utgangspunkt i gresk beskyttelsespraksis. Øvrige sider ved gresk asylsystem vil bli berørt i den grad de har betydning for beskyttelsespraksis og spørsmålet om fare for refoulement.

Av tabellene under punkt 5.3.1 ovenfor fremgår det at oppsiktsvekkende lite antall asylsøkere gis beskyttelse i Hellas. Dette viser klart at asylsøkere som ville ha fått beskyttelse i andre Dublin-land, ikke får det i Hellas.

5.4.2 Utsatt for stort press

Hellas er et eksempel på et medlemsland som kommer uheldig ut av Dublin-samarbeidet, fordi Dublin II-forordningen som tidligere nevnt overlater ansvarsfordelingen til geografiske tilfeldigheter. Som et utkantland i Europa, blir Hellas i stor grad gjenstand for første grensepassering til Dublin-området, og dermed ansvarlig for et stort antall asylsaker.

I 2006 ankom hele 95 239 personer Hellas på irregulært vis, i 2007 og 2008 var tallene henholdsvis på 112 364 og 146 337.¹⁵⁴ Ved utløpet av augustmåneden 2009 hadde 81 777 personer ankommet Hellas på irregulært vis.

I 2007 ble det fremmet 25 113 asylsøknader i Hellas, i 2008 og 2009 var tallene henholdsvis 19 884 og 11 839. Antall registrerte asylsøknader gjenspeiler imidlertid ikke antallet asylsøknader som ønskes eller blir forsøkt fremmet, noe som skyldes problemene med å få registrert asylsøknader i Hellas;

”In practice, it appears difficult to lodge an asylum claim outside Athens, owing to various factors. Border authorities frequently refuse to register claims, and refuse entry, or remove irregularly arriving people (...).”¹⁵⁵

“Even at the Asylum Department at “Petrou Ralli” in Athens, registration of claims is difficult, as the system lacks capacity to meet the demand. Applications are received on only one day a week. At present, around 20 claims are registered in one day, although up to 2,000 persons may be queuing to apply asylum. Persons seeking to apply for asylum may be obligated to return repeatedly over several months before having the opportunity to register.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ UNHCR rapport ”Observations on Greece as a country of asylum” (2009).

¹⁵⁵ Ibid s. 6.

¹⁵⁶ Ibid s. 7.

I tillegg til de nevnte utfordringene med å få registrert asylsøknader, hindrer trusselen om varetektsfengsling personer i å fremme asylsøknad. Hellas er et av de Dublin-landene som gjør utstrakt bruk av varetekt av asylsøkere. I midten av 2009 ble adgangen til slik varetektsfengsling utvidet fra tre til seks måneder, og i særlige tilfeller til fra seks til tolv måneder.¹⁵⁷

I denne forbindelse kan det nevnes at Hellas i 2009 ble dømt av Domstolen for krenkelse av EMK 3 i to saker om varetektsfengsling av asylsøkere. Den første saken, S.D. mot Hellas, gjaldt en tyrkisk asylsøker som ble varetektsfengslet i to måneder, uten adgang til å gå ut eller ringe. Videre fikk vedkommende verken tilgang til teppe, rent sengetøy eller varmt vann i denne perioden. Domstolen fastslo at dette var umenneskelig eller nedverdiggende behandling i strid med EMK art 3. I den andre saken, Tabesh mot Hellas, fastslo Domstolen at fengsling av en afghansk asylsøker i tre måneder var nedverdiggende behandling i strid med EMK art 3.

5.4.3 Saksbehandlingen

Beskyttelsespraksisen i Hellas gjør at det kan stilles spørsmål om hvorvidt saksbehandlingen av asylsøknadene er forsvarlig.

Det greske asylsystemet reguleres nå av Presidential Decree 81/2009, som trådte i kraft i juli 2009 og innebar store endringer i asylprosedyren. For det første ble førsteinstansbehandlingen desentralisert og overført fra sentrale enheten i Athen til ulike 53 politidistrikter rundt omkring i Hellas. Førsteinstansen, ”The Refugee Comittee”, består nå av to politibetjenter og en representant for regionale myndigheter. UNHCR avslo tilbudet om å være med, på grunn av manglende tillitt til de nye asylprosedyrene.

¹⁵⁷ Ibid.

Det har blitt avdekket at politidistriktene mangler nødvendig kompetanse;

”UNHCR conducted research into the implementation of the decentralized first instance asylum process in 31 Police Directorates, during the period September – November 2009. The findings of this research were shared with the Government. These findings included, inter alia, shortcomings in training and expertise, conflicts-of-interest between asylum responsibilities and other duties, long waiting periods for interview, continued problems in access to the asylum procedures, inadequate availability and use of origin information by the examining authorities, divergent practices between different Police Directorates (...).”¹⁵⁸

Videre er den tidligere klageinstansen, ”Appeals Board”, opphevet. Den eneste muligheten asylsøkerne har er å klage til ”the Council of the State”, som imidlertid har begrenset kompetanse for overprøving. Om det gis medhold, henvises asylsaken til ny behandling i førsteinstans.

På bakgrunn av dette er det klart at en viktig forklaring på den lave innvilgelsesprosenten er at asylsøknadene ikke undergis en riktig og forsvarlig saksbehandling.

5.4.4 Andre lands praksis vedrørende retur til Hellas

I første halvdel av 2008, når situasjonen for asylsøkere i Hellas kom i særlig fokus, vurderte noen land i Europa, særlig de nordiske landene, situasjonen som problematisk for anvendelsen av Dublin II-forordningen. De fleste medlemslandene fortsatte imidlertid å overføre asylsøkere til Hellas.

Danmark, Finland, Tyskland og Sverige begynte derimot å unnta mindreårige asylsøkere og andre sårbare grupper fra slik retur.

¹⁵⁸ Ibid s.15.

Et medlemsland som iverksatte mest vidtrekkende tiltak var Norge. Utlendingsnemnda (UNE) besluttet den 7. februar 2008 å stoppe alle overføringene til Hellas på bakgrunn av informasjonen om mulige krenkelser av asylsøkeres rettigheter, og på grunn av behovet for mer informasjon. Dette innebar at saksbehandlingen ble stilt i bero i saker som ikke var ferdigbehandlet og at utreiseplikten ble suspendert i de sakene det forelå endelig avslag.

Når det gjaldt søknader fra enslige mindreårige asylsøkere, hvor Hellas var ansvarlig medlemsland, ble det lagt opp til at de kunne få behandlet sin asylsøknad i Norge i medhold av Dublin II-forordningen art 3 (2).¹⁵⁹ Dublin II-forordningen art 3 (2) kunne imidlertid ikke benyttes automatisk for barnefamilier der Hellas var ansvarlig medlemsland.¹⁶⁰

Behandlingen av saker om overføring av asylsøkere til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen ble gjenopptatt i mars 2009. UNE mente nå å ha et faktagrunnlag som var tilstrekkelig til å vurdere den enkelte sak opp mot kunnskap om asylsaksbehandlingen og asylsøkernes situasjon i Hellas. Suspensjonen av utreiseplikten i tidligere avgjorte saker ble opphevet i mai 2009. Berostillelsen av Dublin-saker fra barnefamilier ble imidlertid opphevet først i august 2009.

5.4.5 Internasjonale dommer om retur til Hellas

Domstolen har i saken K.R.S. mot Storbritannia (2008) behandlet spørsmålet retur av asylsøkere til Hellas. Saken gjaldt en iransk asylsøker som påberopte at en retur til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen utgjorde et brudd på EMK art 3.

Domstolen viste blant annet til kritiske rapporter fra både UNHCR og andre, og særlig til UNHCRs anbefaling om å avstå fra retur til Hellas. Når det gjaldt den manglende tilgangen til asylprosedyrer og mottaksforholdene la Domtolen til grunn at "[t]he presumption must be that Greece will abide by its obligations (...)."

Domstolen konkluderte deretter med at forholdene i Hellas ikke kunne være til hinder for en retur av vedkommende asylsøker til Hellas.

¹⁵⁹ AI - 2008-060.

¹⁶⁰ AI - 55-08.

Domstolens hovedbegrunnelse var at det ikke forelå risiko for at vedkommende asylsøker kunne bli returnert videre til Iran da Hellas ikke gjennomførte retur, verken til Iran eller andre land som Afghanistan, Irak, Somalia eller Sudan. Med andre ord forelå det ikke fare for indirekte refoulement.

Domstolen uttalte at "there is nothing to suggest that those returned to Greece under the Dublin Regulation run the risk of onward removal to a third country where they will face ill-treatment contrary to Article 3 without afforded real opportunity, on the territory of Greece, of applying to the Court for a Rule 39 measure to prevent such".

Domstolen la til grunn at asylsøkere i Hellas har adgang til domstolene, både i form av å reise søksmål og begjære utsatt iverksettelse av et negativt vedtak. Det ble vist til korrespondanse mellom greske og britiske myndigheter, hvor dette ble garantert. Det forelå ingen holdepunkter for å hevde det motsatte. Uansett hadde asylsøkere mulighet til å be Domstolen om midlertidig forordning i samsvar med "Rule 39".¹⁶¹

Spørsmålet om retur til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen har blitt behandlet av også nasjonale domstoler i noen få medlemsland. I en dom fra den svenske Migrationsöverdomstolen fra april 2008, ble det konkludert med at retur til Hellas ikke utgjorde et brudd på Sveriges menneskerettighetsforpliktelser. Heller ikke et par britiske dommer og en irsk dom har ført frem. Videre er en sak om retur av en iransk asylsøker til Hellas, til behandling hos den tyske forfatningsdomstolen.

¹⁶¹ Gjennom "Rule 39" kan asylsøkere anmode Domstolen om å suspendere overføringen til Hellas. Senest 26. mars samtykket Domstolen til utsatt iverksettelse og anmodet ungarske myndigheter om ikke å overføre en asylsøker til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen. I perioden 1. januar 2009 til 31. mai 2009, behandlet Domstolen 103 anmodninger om utsatt iverksettelse av overføringer til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen, hvorav 58 ble tatt til følge og 45 avslått (<http://cmr.jur.ru.nl/cmr/docs/ecre.rule39.pdf>).

5.4.6 Risiko for refoulement?

Det sterkeste argumentet fra flere hold, inkludert i K.R.S.- saken, synes å være at en retur til Hellas ikke innebærer en tilstrekkelig risiko for indirekte refoulement. Dette fordi Hellas mangler et system for tvangsmessig retur av personer med avslag på søknad om asyl. Når ingen returneres videre fra Hellas, foreligger det ikke en faktisk fare for refoulement.

UNHCR har imidlertid vist at Hellas returnerer personer, herunder asylsøkere, til Tyrkia i samsvar med avtale om tilbaketakelse. Eksempelvis ble 230 personer, deriblant 202 irakere, returnert til Tyrkia i 2008. I følge UNHCR er det på denne måten en risiko for at asylsøkere blir sendt videre til sine hjemland.¹⁶²

Asylsøkere som får avslag på asyl i Hellas er forhindret fra å søke om beskyttelse i andre land i Dublin-samarbeidet. Den greske beskyttelsespraksisen gir grunnlag for å påstå at flere av asylsøkerne i Hellas har krav på beskyttelse, men ikke får det. I stedet er de nødt til å leve et illegalt liv i Hellas. Det kan antas at et illegalt opphold i Hellas i seg selv vil kunne innebære en risiko for refoulement. Uansett er det klart at den greske beskyttelsespraksisen gir en svekket trygghet i forhold til faren for refoulement.

Som tidligere nevnt åpner Dublin II-forordningen art 3 (2) for at et medlemsland kan påta seg ansvaret for å behandle en asylsøknad selv om medlemslandet ikke er forpliktet til å behandle søknaden. Den greske beskyttelsespraksisen må i det minste sies å innebære en slik risiko for brudd på internasjonale forpliktelser, at samarbeidslandene bør anvende sikkerhetsklausulen i Dublin II-forordningen art 3 (2).

¹⁶² UNHCR (2009) s.5.

6 Oppsummering og konklusjon

Dublin II-forordningen fastsetter kriterier for hvilket av medlemslandene som skal være ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad. Hensikten er å motvirke at asylsøkere henvises fra et medlemsland til et annet, uten å få behandlet asylsøknaden og å motvirke asylshopping. Dublin II-forordningen forhindrer at asylsøkere fritt får velge hvor de vil fremme asylsøknad.

Dublin II-forordningen presumerer at medlemslandene respekterer prinsippet om non-refoulement og sine øvrige internasjonale forpliktelser. På denne bakgrunn kan alle medlemslandene anses som trygge for tredjelandsborgere.

Redegjørelsen har vist at EMK art 3, gjennom eksterritoriell anvendelse, gir et vidtrekkende og absolutt vern mot refoulement. Eksterritorialvirkningen etter EMK art 3 er generell, og innebærer dermed at også asylsøkere omfattes av det eksterrielle vernet etter EMK art 3.

Prinsippet om non-refoulement utgjør, særlig gjennom forankringen i EMK art 3, en viktig skranke for Dublin-samarbeidet;

For det første er samarbeidslandene forpliktet til å avstå fra å returnere asylsøkere til et sted hvor det foreligger en reell risiko for tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Av særlig stor betydning for Dublin-samarbeidet er det at samarbeidslandene i tillegg er forpliktet til ikke å returnere en asylsøker til et annet sted, så fremt det foreligger en reell risiko for at vedkommende derfra vil bli videresendt til behandling i strid med EMK art 3.

EMK art 3 innebærer altså et vern mot både direkte og indirekte refoulement. Dette innebærer at konvensjonsstatene har et selvstendig ansvar for å påse at personer som returneres ikke blir utsatt for direkte eller indirekte refoulement.

Det at retur foretas mellom konvensjonsstater eller mellom land som deltar i Dublin-samarbeidet endrer ikke forpliktelsen til å forhindre behandling i strid med EMK art 3. Heller ikke kan diplomatiske garantier i seg selv utelukke ansvar etter EMK art 3.

Uavhengig av presumpsjonen i Dublin II-forordningen om at alle medlemslandene respekterer prinsippet om non-refoulement, er medlemslandene nødt til å forsikre seg om at asylsøkere som returneres i medhold av Dublin II-forordningen ikke utsettes for direkte eller indirekte refoulement.

Redegjørelsen har videre vist at ulik beskyttelsespraksis blant samarbeidslandene i utgangspunktet innebærer risiko for brudd på prinsippet om non-refoulement. Presumpsjonen i Dublin II-forordningen om at alle medlemsland er trygge til enhver tid kan derfor ikke opprettholdes.

Det er særlig beskyttelsespraksisen i Hellas som gir svekket trygghet i forhold til forbudet mot refoulement, og gir grunnlag for å fastslå at medlemslandene ikke bør returnere asylsøkere dit i medhold av Dublin II-forordningen.

På bakgrunn av redegjørelsen i avhandlingen er det klart at prinsippet om non-refoulement utgjør en viktig og absolutt skranke for Dublin-samarbeidet.

Kilder

Lovgivning:

- Kfo (EC) No 343/2003 Council Regulation of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanism for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national.
- Rdir 2003/9/EC Council Directive of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers.
- Rdir 2004/83/EC Council Directive of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.
- Rdir 2005/85/EC Council Directive of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status.

Internasjonale dommer:

Aksoy v. Turkey	The European Court of Human rights, Strasbourg, 18. desember 1996.
Aydin v. Turkey	The European Court of Human rights, Strasbourg, 25. september 1997.
Bankowich.	The European Court of Human rights, Strasbourg, 12. desember 2001.
Chahal v. The United Kingdom	The European Court of Human rights, Strasbourg, 15. november 1996.
Cruz Varas and others v. Sweden	The European Court of Human rights, Strasbourg, 20. mars 1991.
K.R.S. v. The United Kingdom	The European Court of Human rights, Strasbourg, 2. desember 2008.
Kalashikov v. Russia	The European Court of Human rights, Strasbourg, 15. juli 2002.
Kudla v. Poland	The European Court of Human rights, Strasbourg, 26. oktober 2000.
Peers v. Greece	The European Court of Human rights, Strasbourg, 19. april 2001.
Raninen v. Finland	The European Court of Human rights, Strasbourg, 16. desember 1997.
S.D. v. Greece	The European Court of Human rights, Press release 11. june 2009.
Selmouni v. France	The European Court of Human rights, Strasbourg, 28. juli 1999.
Soering v. The United Kingdom	The European Court of Human rights, Strasbourg, 7. juli 1989.
T. I. v. The United Kingdom	The European Court of Human rights, Strasbourg, 7. mars 2000.
Tabesh v. Greece	The European Court of Human rights, Press release 26. november 2009.
Tyrer v. The United Kingdom	The European Court of Human rights, Strasbourg, 25. april 1978.
Vilvarajah and others v. The UK	The European Court of Human rights, Strasbourg, 30. oktober 1991.

Utenlandske dommer:

Den svenske Migrationsöverdomstolens avgjørelse av 24. september 2008. UM2397-08.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Rundskriv og instruks:

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. RS 2008-038 av 25. august 2008.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. AI - 55/08 av 21. juli 2008.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. RS 2010-086 av 1. januar 2010.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet. AI-2009-084 AV 25. august 2009.

Litteratur:

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Stockholm, 2002, s. 71-84.

Einarsen, Terje. *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*. I: *International Journal of Refugee Law*. 1990, s. 361-389.

Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning*. Bergen, 2000, s. 430-450, 624-648.

Elgesem, Frode. *Tolking av EMK – Menneskerettighetsdomstolens metode*. I: *Lov og Rett*. 2003, s. 203-231.

Emberland, Marius. *Det eksterritoriale vernet i EMK artikkel 3 - en oppdatering*. I: *Jussens Venner*. 1999, s. 31-47.

Goodwin-Gill, Guy S. og Jane McAdam. *The Refugee in international Law*. 3. utg. Oxford, 2007, s. 201-417.

Hathaway, James C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge University Press, 2005, s. 307-335.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. Universitetsforlaget, 2003, s. 83-104.

Kjølbrot, Jon Fridrik. *Den Europæiske Menneskerettighetskonventionen- for praktikere*. København, 2005, s. 155-190.

Kravik, Andreas. *Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 2 og forestillingen om en implisert rett til sikkerhet mot terrorisme*. I: *Institutt for offentlig retts skriftserie*. 2008, s. 77 flg.

Law of the European Convention on Human Right. Harris... [et al.]. 2. utg. Oxford, 2009.
Vevstad, Vigdis. *Utvikling av et felles europeisk asylsystem*. Oslo, 2006.

Nettdokumenter:

Filzwieser, Christian. *The Dublin regulation vs the European convention of human rights: a non-issue or a precarious legal balancing act?*.

http://repository.forcedmigration.org/show_metadata.jsp?pid=fmo:5364 [Sitert 20. Mars 2010].

Røhl, Katharina. *Fleeing Violence and poverty: Non-refoulement Obligations under the European Convention on Human Rights*. Working paper No. 111. (www.unhcr.org).

Utlendingsnemnda. Pressemeldinger av 7. februar 2008, 23. mars 2009 og 7. mai 2009. (www.une.no).

Utlendingsnemndas vedtak av 1.2.2010. (www.noas.no).

Rapporter:

NOAS. *Et uverdig sjansespill om asyl i Europa*. April 2008. (www.noas.no).

NOAS. *Out the Back Door: The Dublin II Regulation and illegal deportations from Greece*. Oktober 2009. (www.noas.no).

UNHCR. *The Dublin II Regulation*. A UNHCR Discussion Paper. April 2006. (www.unhcr.org).

UNHCR. *Observations on Greece as a country of asylum*. Desember 2009. (www.unhcr.org).

Statistikk:

UNHCR. "Monthly data: January - Desember 2009 (www.unhcr.org).

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/search_database

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/product_details/publication?p_product_code=KS-SF-09-092