

ASYLSØKNADSPROSESSEN I NORGE OG SPANIA – en komparativ undersøkelse

Kandidatnr:

Veileder: Kristian Andenæs

Leveringsfrist: 25. april 2005

Til sammen 17 734 ord

17.03.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	AVGRENSNING AV OPPGAVEN	2
1.2.1	BEGREPSAVKLARING OG DEFINISJONER.	4
1.3	RETTSKILDER	5
1.3.1	HOVEDFORSKJELLER I SPANSK OG NORSK RETTSKILDELÆRE	5
1.3.2	ASYLRETTENS RETTSKILDER I NORGE OG I SPANIA	7
1.4	METODEN I OPPGAVEN	9
1.5	OPPBYGNING AV OPPGAVEN	10
<u>2</u>	<u>FLYKTNINGKONVENSJONEN AV 1951 OG NASJONALE LOVBESTEMMELSER SOM GIR BESKYTTELSE</u>	<u>11</u>
2.1	FLYKTNINGKONVENSJONEN	11
2.2	DEN NORSKE UTLENDINGSLOVEN	11
2.3	SPANSK ASYLLOVGIVNING, LAR	12
2.4	VERN PÅ ANNET GRUNNLAG ENN ASYL I NORGE	13
2.5	VERN PÅ ANNET GRUNNLAG ENN ASYL I SPANIA	14
2.6	GENERELT OM ANDRE OPPHOLDSGRUNNLAG	14
<u>3</u>	<u>SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN.</u>	<u>16</u>
3.1	INNLEDNING	16
3.2	HVOR KAN ASYLSØKEREN HENVENDE SEG?	16
3.3	INFORMASJONSINNHEMTING OG VERIFISERING AV PERSONALIA OG ASYLGRUNNER	18
3.3.1	NORGE	19
3.3.1.1	Registrering	19
3.3.1.2	Egenerklæring	20
3.3.1.3	Asylintervju	21
3.3.2	SPANIA	21
3.3.2.1	Egenerklæring	22
3.3.3	SAMMENLIKNING AV REGLENE	23

3.4	VURDERING OM SØKNADEN SKAL REALITETSBEHANDLES	25
3.4.1	FØRSTE ASYLLANDSREGELEN.	27
3.4.2	DUBLINREGLENE	28
3.4.3	ANDRE GRUNNER FOR NEKTING AV REALITETSBEHANDLING	29
3.5	OVERPRØVINGSMULIGHETER NÅR SØKNADEN NEKTES REALITETSBEHANDLING	30
4	<u>REALITETSVURDERING AV SØKNADEN I FØRSTE INSTANS</u>	31
4.1	NORGE	31
4.2	SPANIA	31
4.2.1	SAMMENLIKNINGEN	33
4.3	RESULTATET AV VEDTAK HVOR SAKEN ER UNDERGITT REALITETSBEHANDLING	34
4.3.1	NORGE	34
4.3.2	SPANIA	36
4.4	SAMMENLIKNING AV OPPHOLDSGRUNNLAGENE	37
5	<u>ADMINISTRATIV OVERPRØVING</u>	38
5.1	KLAGEBEHANDLING I NORGE – INNLEDNING	38
5.1.1	KLAGEBEHANDLING HOS UDI	38
5.1.2	UDIS BEHANDLING AV SPØRSMÅLET OM UTSATT IVERKSETTELSE	38
5.1.3	KLAGEBEHANDLING I UNE	39
5.1.3.1	Full nemndsbehandling	40
5.1.3.2	Saker som kan avgjøres av nemndleder alene	40
5.1.3.3	Behandling av sekretariatet etter kompetansedelegering	41
5.1.4	RESULTAT AV UNES BEHANDLING	41
5.1.5	EKSTRAORDINÆR ADMINISTRATIV BEHANDLING – OMGJØRINGSBEGJÆRING AV ENDELIG VEDTAK.	41
5.2	KLAGEBEHANDLING I SPANIA – INNLEDNING.	42
5.2.1	UTSATT IVERKSETTELSE	42
5.2.2	KLAGEBEHANDLING – FØRSTEINSTANSPROSESSEN REPETERES.	44
5.2.3	OMGJØRING AV ENDELIGE VEDTAK, DVS. ETTER KLAGEBEHANDLINGEN	45
5.3	SAMMENLIKNING AV ADGANGEN TIL ADMINISTRATIV OVERPRØVING	45
5.4	KONTROLL MED FAGFORVALTNINGEN	48
5.4.1	SIVILOMBUDSMANNEN	48
5.4.2	EL DEFENSOR DEL PUEBLO	48
5.4.3	SAMMENLIKNING AV INSTITUSJONENE FOR KONTROLL MED FAGFORVALTNINGEN	49

6	<u>DOMSTOLSKONTROLL MED FORVALTNINGEN</u>	51
6.1	INNLEDNING	51
6.2	NORGE	51
6.2.1	VEDTAK FATTET AV UDI	52
6.2.2	VEDTAK FATTET AV UNE	52
6.2.2.1	Beskyttelsessaker	52
6.2.2.2	Opphold på humanitært grunnlag.	53
6.2.3	KONSEKVENNS AV DOMSTOLENS AVGJØRELSE.	53
6.3	SPANIA	54
6.3.1	INNLEDNING	54
6.3.2	IKKE ALLE VEDTAK KAN BRINGES INN FOR DOMSTOLEN	55
6.3.3	MIDLERTIDIG FORFØYNING – ”MEDIDAS CAUTELARES”	56
6.3.4	HOVEDSAKEN – HVA KAN DOMSTOLEN OVERPRØVE?	56
6.3.5	AKTIVISERING AV DOMSTOLEN PGA. INAKTIVITET I FORVALTNINGEN	57
6.4	SAMMENLIKNING AV NORSKE OG SPANSKE REGLER FOR DOMSTOLSKONTROLL MED FORVALTNINGEN	57
7	<u>VURDERING AV DE FAKTISKE DATA</u>	59
8	<u>SAMMENFATNING OG KONKLUSJON</u>	61
9	<u>NORSK LITTERATURLISTE</u>	63
10	<u>SPANSK LITTERATURLISTE</u>	64
11	<u>RETTSKILDER</u>	65
11.1	INTERNASJONALE RETTSKILDER	65
11.2	LOVER OG FORSKRIFTER	66
11.2.1	NORSKE	66
11.2.2	SPANSKE	66
11.3	FORARBEIDER	68

11.3.1	NORSKE	68
11.3.2	SPANSKE	68
11.4	RETTSPRAKSIS	69
11.4.1	NORSK	69
11.4.2	SPANSK	69
12	VEDLEGG	70
<hr/>		
12.1	ASYLSTATISTIKK	70
12.2	LAR	72
12.3	FORSKRIFTEN TIL LAR	73

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Tema for oppgaven er saksbehandlingsreglene for asylsøknader i Norge og Spania. Saksbehandlingsreglene er med på å forme prosessen som en asylsøker må igjennom for å avklare om vedkommende har behov for vern eller ikke. FNs flyktningkonvensjon fra 1951 bestemmer at de som anses som flyktninger har krav på beskyttelse. En søker som oppnår asylstatus har oppnådd en genuin form for beskyttelse. Men, en asylsøker som oppnår opphold på et annet hjemmelsgrunnlag, får også det viktigste – nemlig beskyttelse. Retten til beskyttelse har en folkerettslig hjemmel, og det betyr at nasjonalstatene som har ratifisert Flyktningkonvensjonen i utgangspunktet har den samme folkerettslige plikt til å gi beskyttelse til dem som trenger det. Jeg har derfor ønsket å se på om de nasjonale saksbehandlingsreglene for vurdering av asylsøknader kan ha innvirkning på den enkelte flyktnings mulighet til å få innvilget asyl eller annen beskyttelse.

Historien vitner om at folkevandringer alltid har funnet sted, og i utgangspunktet er det positivt med den kulturutveksling og utvikling det fører med seg. Problemer oppstår når store folkemengder må forflytte seg på samme tid. I Europa var dette et problem spesielt i første halvdel av 1900-tallet. Etter andre verdenskrigs slutt ønsket man internasjonalt samarbeid for å løse flyktningproblemet, ikke bare i Europa, men gi alle mennesker på flukt et folkerettslig vern. Resultatet ble FNs flyktningkonvensjon fra 28. juli 1951, utarbeidet i Genève. Konvensjonen kan ses på som en avtale om ansvarsfordeling av flyktningproblemet statene imellom, men også som en rettighetskonvensjon fordi den tilkjenner enkeltmennesker direkte rettigheter.

De fleste stater har i dag restriksjoner på innvandringen. Restriksjonene vil selvsagt kunne føre til vanskeligheter for mennesker på flukt. FN-konvensjonen setter imidlertid en minstestandard for medlemsstatenes behandling av flyktningene. De som etter konvensjonen anses som flyktninger har krav på beskyttelse hos en medlemsstat. Staten

er folkerettslig forpliktet til å oppfylle kravet, og gi flyktningen beskyttelse. En flyktning har derfor i utgangspunktet samme krav på beskyttelse uavhengig av hvilken konvensjonsstat rettigheten gjøres gjeldene i.

Statene står fritt til å fastlegge nasjonale prosedyrer for å avgjøre om en person er flyktning eller ikke. I denne oppgaven sammenlikner jeg to staters saksbehandlingsprosedyrer, nemlig Norges og Spanias. For å kunne finne ut om saksbehandlingen virkelig har betydning for muligheten til å få asyl, trekker jeg inn tallmateriale for å sammenlikne innvilgelses – og avslagsprosjenter.

Det er selvsagt også andre faktorer enn saksbehandlingsregler som kan bidra til forskjeller i to lands asylstatistikker. Det kan være f.eks. forskjeller i søkermassene til landene, søkerne som gis opphold kan få det på andre grunnlag enn asylinstituttet, eller det kan eksistere ulik bruk av politiske signaler som gir innvirkning på anvendelsen av reglene. Det siste kan imidlertid også sies å utgjøre en del av saksbehandlingsreglene. Disse faktorene vil jeg si noe om avslutningsvis, men største del av oppgaven vil være en sammenlikning av rettsreglene for behandling av asylsøknader. Selv om andre faktorer enn saksbehandlingsreglene kan føre til forskjeller, tror jeg en sammenlikning kan antyde saksbehandlingsreglenes betydning for retten til beskyttelse i Norge og Spania.

1.2 Avgrensning av oppgaven

Fokus i denne oppgaven er som nevnt de nasjonalbestemte saksbehandlingsreglene som former prosessen for å finne ut om en asylsøker er flyktning som definert i konvensjonen, eller trenger beskyttelse selv om vedkommende ikke defineres som flyktning.

Nasjonalstatenes praktisering av flyktningbegrepet, dvs. den vurderingen de foretar av om søkeren med tilstrekkelig grad av sannsynlighet oppfyller betingelsene for å bli ansett som flyktning, faller utenfor oppgavens tema. Flyktningbegrepet er internasjonalt, men det praktiseres ikke helt likt i nasjonalstatene. Forskjeller i vurderingen av flyktningbegrepet i Norge og Spania kan selvsagt føre til forskjeller i

asylstatistikkene, så det er viktig å være oppmerksom på denne mulige feilkilden ved lesing av statistikken.

Behandling av asylsøknader er en forvaltningsoppgave, og både i Norge og Spania er forvaltningens arbeid regulert av et generelt lovverk. Grunnet begrensninger i oppgavens omfang blir det ikke anledning til å gå grundig inn i dette lovverket. Kun der det er helt nødvendig for å klargjøre reglene henviser jeg til den alminnelige forvaltningsrett i de respektive land.

Som kjent kan det være forskjell på formelle regler og praksis. På forvaltningsrettens område er det ofte vanskelig å finne ut hvordan dette ligger an, fordi forvaltningsavgjørelser ikke publiseres på samme måte som domstolsavgjørelser. I asylsaker, hvor det ofte er behov for informasjonsutveksling av sensitive opplysninger, gjør også reglene om taushetsplikt at det blir svært vanskelig å finne ut om lovreglene følges i praksis. Enda vanskeligere er det å gjøre seg kjent med forvaltningspraksis fra et fremmed land. På denne bakgrunn har jeg valgt å fokusere på lovreglene, og kan ikke garantere for at oppgaven på alle punkter gjenspeiler forvaltningsorganenes faktiske handlemåte. Juridisk teori kan iblant gi anvisning på forvaltningspraksis, og der det har vært mulig å finne informasjon om avvikende praksis gjennom litteraturen, vil jeg påpeke dette.

Regelverket for behandling av asylsøknader er omfangsrikt i begge land, flere lover må konsulteres og bestemmelsene er mange både i lovtekst og forskrifter. For å få klarest mulig frem selve saksgangen har jeg valgt å ikke behandle spesialbestemmelser som omhandler temaer slik som familiegjenforening for en som har oppnådd beskyttelse, barn som asylsøkere, straffedømte og lignende.

Som nevnt er behandling av asylsøknader en forvaltningsoppgave, men det betyr ikke at kun forvaltningsorganer kan ha befattning med en asylsak. I de fleste land kan domstolene kontrollere lovmessigheten av forvaltningens handlemåte. Adgangen til å overprøve et asyloedtak i rettsapparatet vil således redegjøres for.

Opgavens hovedproblemstilling er som nevnt om nasjonale saksbehandlingsregler medfører forskjell i en flyktningens mulighet til å oppnå beskyttelse. Det tilsier at jeg

foretar en sammenlikning, og da vil jeg også komme med mine vurderinger og fremheve momenter i saksbehandlingen som jeg tror kan ha betydning for resultatet.

Det som skal behandles er således den trinnvise prosessen for asylsaker frem til et vedtak. Deretter ser jeg på mulighetene for å angripe et eventuelt negativt vedtak både overfor forvaltningsorganet selv, og eksterne organer, dvs. ombudsmannen og domstolene.

1.2.1 Begrepsavklaring og definisjoner.

Ordet asyl kommer fra det greske ordet "asylon" og betyr fristed eller tilfluktssted. I folkeretten brukes gjerne begrepet asyl om statlig beskyttelse av flyktninger og andre som frykter for overgrep i sitt hjemland og av denne grunn har søkt tilfukt eller må oppholde seg i en annen stat. I Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 ble retten til å søke og nyte asyl proklamert, se art. 14. Verdenserklæringen er ikke rettslig bindende for FNs medlemsstater, men kan ses på et løfte fra siviliserte nasjoner om å respektere de fastslåtte menneskerettighetene.

Begrepet "flyktning" er ikke benyttet i Verdenserklæringen, men det er klart at art. 14 refererer seg til personer som har behov for vern mot forfølgelse. Genèvekonvensjonen art. 1 definerer begrepet "flyktning". Konvensjonen gir den som anses som flyktning krav på beskyttelse, men denne beskyttelse trenger nødvendigvis ikke være asyl. En kobling mellom det å bli ansett som flyktning og retten til asyl kan imidlertid følge av nasjonale lovregler.

Vernet en flyktning kan få har sitt grunnlag i det folkerettslige suverenitetsprinsippet, dvs. prinsippet om at staten har enerett på jurisdiksjonen innenfor sitt territorium og ikke er underkastet noen annen vilje enn sin egen. Det innebærer for det første at kun stater kan gi slikt territorielt asyl, og for det andre at statene står fritt til å gi beskyttelse til hvem de vil så lenge de internasjonale forpliktelsene overholdes. Her bør nevnes at det ikke skal anses som en "uvennlig handling" overfor asylsøkernes hjemland å gi vedkommende asyl.

I dagligtale refererer man ofte til ”politisk asyl”, dette begrepet har ikke noe annet innhold enn alminnelig asyl. Bakgrunnen for bruken av begrepet henger sammen med begrunnelsen for innvilget asyl i etterkrigstiden.

En ”asylsøker” er en person som har innlevert søknad om asyl i en stat hvor han/hun ikke er statsborger. I denne oppgaven vil jeg for variasjonens skyld bruke flere betegnelser på dette subjektet, bl.a. søkeren eller utlendingen. Begrepet ”flyktning” reserverer jeg for personer som har fått innvilget asyl og anses som flyktninger etter FN-konvensjonen. Ofte tales det om kvoteflyktninger eller overføringsflyktninger. Dette er personer som gjerne befinner seg utenfor sitt hjemland, og som FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR) har anerkjent som flyktninger etter egne kriterier. Årlig overføres et visst antall av disse flyktningene (en kvote) til land som kan gi dem en tryggere tilværelse, derav navnet. Etter ankomst vurderes det om asyl skal innvilges, og i utgangspunktet skal deres asylsøknad vurderes som enhver annen asylsøknad.

En asylsøker kan falle utenfor definisjonen av flyktning, men likevel ha et sterkt behov for beskyttelse. Hjemmelen for å innvilge dette i Norge er utl § 15 første ledd som gjenspeiler flyktningkonvensjonen art. 33. Søkeren har ikke rett til asylstatus, men må gis oppholdstillatelse etter utl § 8 andre ledd for å tilfredsstille den samme konvensjonsbestemmelsen. Spania har en eksplisitt henvisning til art. 33 i forskriften til LAR art. 17.3, og hjemmelen for opphold er LAR art. 17.2 der søkeren faller utenfor flyktningdefinisjonen, men likevel har krav på beskyttelse.

1.3 Rettskilder

1.3.1 Hovedforskjeller i spansk og norsk rettskildelære

De spanske rettskildene i denne oppgaven er hentet fra Boletín Oficial del Estado (BOE), som er den spanske regjerings informasjonskanal og deler av nettutgaven¹ kan sammenliknes med norske Lovdata. Skrevne rettskilde av øverste rang i Spania er Konstitusjonen fra 6. desember 1978. Deretter følger de såkalte Leyes Orgánicas, som kan oversettes med organisatoriske lover. Disse trenger absolutt flertall i

nasjonalforsamlingen for å sanksjoneres. I Konstitusjonen er det fastlagt hvilke rettsområder² som må reguleres i denne lovformen. På trinnet under disse kommer Leyes Ordinarias – dvs. ordinære lover som ved sanksjoneringen kun trenger alminnelig flertall i nasjonalforsamlingen. Det følger av dette at de to nevnte lovtyper utgis av den sentrale lovgivningsmyndigheten. I tillegg har hver provins, f. eks Andalucía eller Galicia, en viss lovgivningsmyndighet. På utlendingsrettens område er dette imidlertid ikke aktuelt ettersom den sentrale statsmyndighet har all styringsmakt her, jf. Konstitusjonen art. 149. I Spania opererer man også med såkalte Reglamentos som har samme funksjon som norske forskrifter. Disse finnes også publisert i BOE.

Den spanske sivillovboken definerer i første kapittel art. 1 rettskildene i deres rettssystem, og disse er ”lov, sedvane og generelle rettslige prinsipper”. Alle lovtypene nevnt i forrige avsnitt tolkes inn under begrepet ”lov”, dvs. at de er relevante rettskildefaktorer. En eventuell lovkonflikt løses ved hjelp av tolking og da kan lovmotivene som publiseres sammen med loven være relevante, og/eller konflikten løses ved hjelp av lex superiori- prinsippet jf. sivillovboken art. 1.2.

Sedvane og generelle rettslige prinsipper skal brukes i mangel på lovtekst, og kun når disse rettskildefaktorene ikke motsier moral og offentlig orden jf. art. 1.3. Videre skal rettspraksis kun være utfyllende rettskildefaktor ifølge ordlyden i art. 1.6, men denne artikkelen må ikke forstås helt bokstavelig. Spansk juridisk teori³ anerkjenner at dommerens rettsanvendelse ikke er en rent automatisk/teknisk handling, og at det derfor finnes en domstolskapt rett som har en viss bindende kraft og anerkjennes som en del av i rettssystemet.

Rettsanvendere i Spania har etter dette en rimelig lik bruk av juridisk metode som den vi er vant til fra Norge. En forskjell man kan peke på er at *rettspraksis* ikke regnes som en like tungtveiende rettskildefaktor i det spanske rettssystem. Likevel skal vi se at rettspraksis har innvirket på den spanske asylprosessen. Norsk rettspraksis har hatt mindre betydning for saksbehandlingsreglene i asylsaker. En annen ulikhet er

¹ www.boe.es

² Områder som berører grunnleggende rettigheter slik som bl.a. valglov, utlendingslov og prosesslovgivningen.

³ Se blant andre López Calera, s. 72-73.

eksistensen av *flere lovtyper*, men her gjelder rangprinsippet dem imellom slik vi er vant til det mellom Grunnlov, formell lov og forskrift.

I forhold til internasjonale rettskilder følger Spania et moderat monistisk prinsipp, dvs. at en internasjonal skrevet rettskilde slik som en traktat vil anses som del av det interne rettsystemet fra det tidspunkt den er publisert i BOE, jf. sivillovboken art. 1.5.

Spenningen mellom folkerettslige forpliktelser og interne regler kommer dermed på spissen kun i det tidsrommet den internasjonale rettskilden ennå ikke er publisert i BOE. Den folkerettslige forpliktelsen som følger av en internasjonal konvensjon er selvsagt det samme enten staten følger det monistiske eller dualistiske prinsipp.

1.3.2 Asylrettens rettskilder i Norge og i Spania

I begge land vil de internasjonale rettskildene være spesielt viktige.

Flyktningkonvensjonen av 1951 med dens endringer i New York protokollen av 1967, samt Torturkonvensjonen fra 1984 og Barnekonvensjonen fra 1962 vil i stor grad styre den nasjonale asylrett. Blant de folkerettslige kildene bør også Håndboken om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling nevnes. Den ble utarbeidet av UNHCR for første gang i 1979. Håndboken er ikke bindende folkerett, men kan karakteriseres som soft-law.⁴

I Norge er det Lov 24. juni nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven, utl) og utlendingsforskriften fra 21. desember 1990 nr. 1028 (uf) som er de sentrale regelverk i asylsaker. Med hensyn til saksbehandlingsreglene gjelder Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven, fv) dersom ikke annet følger av utlendingsloven jf. utl § 32.

Foruten de nevnte regelverk og deres forarbeider vil forvaltningspraksis og rettspraksis være relevante kilder. Det finnes ingen samling av forvaltningsavgjørelser på dette rettsområdet. Ellers finnes en del juridisk litteratur, og jeg henviser til litteraturlisten bak i oppgaven.

⁴ Om håndbokens rettskildemessige betydning, se Einarsen, 2000 s. 73-75.

Ettersom det ofte gjøres endringer i utlendingslovgivningen er det mange forarbeider som er relevante for den gjeldende asyllovgivning. Her nevnes de som har størst betydning for denne oppgaven:

Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om ny utlendingslov.

Ot.prp. nr. 17 (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven (klagenemnd, for utlendingssaker mv.)

Innst. O. nr. 93 (2003-04) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (senking av nedre strafferamme for utvisning og fritt rettsråd i asylsaker)

St.meld. nr. 21 (2003-04) om styringsforhold på utlendingsfeltet.

NOU 2004: 20 Ny utlendingslov.

I Spania reguleres asylsøknadsprosessen av en egen lov "Ley 5/1984 de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado". Dette kan oversettes med "Lov om rett til asyl og betingelser for å anses som flyktning", og vil i oppgaven bli forkortet til "LAR". Loven ble revidert av "Ley 9/1994, 19 de mayo" med samme navn som førstnevnte, og disse må leses samtidig for å finne fram til gjeldende rett. Lovtekstene er publisert i BOE nr. 74, 27. mars 1984 og nr. 122, 23. mai 1994.

Forskriften som utfyller disse to lovene er vedtatt i et kongelig dekret fra 10. februar 1995, og dets offisielle navn er "Reglamento de Aplicacion de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo". Forskriften ble første gang publisert i BOE nr. 52, 2. mars 1995, men er senere endret flere ganger.

I tillegg eksisterer det to generelle lover som er relevante i asylsaksbehandlingen. For det første den generelle utlendingsloven, Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”. På kortform kalles loven ”Ley de Extranjeria” og er publisert i BOE nr. 307, 23. desember 2000. Denne loven revideres ofte. For det andre finnes det en alminnelig forvaltningslov; Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), som ble endret av Ley 4/1999 med samme navn. Førstnevnte er publisert i BOE nr. 285, 27. november 1992 og sistnevnte i BOE nr. 12, 14. januar 1999.

De forarbeider som har betydning for tolkning og utfylling av de spanske lovtekstene publiseres sammen med loven, og jeg henviser derfor til BOE- referansene. Også rettspraksis publiseres i BOE, men så vidt jeg vet, finnes det ingen samling av forvaltningspraksis.

1.4 Metoden i oppgaven

Hoveddelen av oppgaven består av en redegjørelse for rettsreglene av betydning for saksgangen i en asylsak i Norge og i Spania. For å kunne beskrive gjeldende rett bruker jeg juridisk metode. Viktig å merke seg er imidlertid at hvert rettsystem har sin juridiske metode, dvs. at det eksisterer en *norsk* juridisk metode og en *spansk* juridisk metode. Disse er ikke helt sammenfallende, og i utgangspunktet bør hvert lands rett analyseres ut fra den juridiske metode slik den er definert av dette landets rettsystem. En oversikt over gyldige rettskildefaktorer og deres relevans i det spanske rettsystem ble gitt i punkt 1.3. Ved redegjørelsen for spansk rett skal jeg forsøke å holde meg til den spanske metodelære slik jeg kjenner den, men jeg kan ikke garantere for at analysen aldri farges av mine norske øyne.

Mot slutten trekker jeg inn tallmateriale vedrørende antall asylsøkere, deres nasjonalitet og antall negative og positive vedtak. Statistikken vil bli holdt opp det analyserte regelverket, og jeg bruker da samfunnsvitenskapelig metode for å kunne gi en rettspolitisk vurdering av reglene.

1.5 Oppbygning av oppgaven

Oppgaven er bygget opp rundt saksbehandlingsreglene for asylsaker, og følger således gangen i en asylsak fra innlevering av søknad til saken er ferdigbehandlet. Først redegjøres det imidlertid kort for det internasjonale vernet som følger av Flyktningkonvensjonen og nasjonale beskyttelsesbestemmelser i kapittel 2.

I kapittel 3 behandler jeg fasen med formulering av søknad og forvaltningens vurdering av om denne skal realitetsvurderes.

Deretter, i kapittel 4, redegjøres det for førsteinstansens realitetsvurdering av søknaden, samt kort om rettigheter og plikter søkeren har i denne fasen. Både kapittel 3 og 4 omhandler det som kalles førsteinstansbehandling.

Kapittel 5 behandler klageomgangen i forvaltningen herunder en eventuell vurdering fra Sivilombudsmannens side. Kapittel 6 tar for seg domstolene som kontrollinstans.

Kapittel 7 inneholder en analyse av asylstatistikkene i Norge og i Spania. På bakgrunn av statistikkene og forskjellene som har fremkommet under sammenlikningen av saksbehandlingsreglene prøver jeg å komme med noen begrunnede konklusjoner i siste og åttende kapittel.

2 Flyktningkonvensjonen av 1951 og nasjonale lovbestemmelser som gir beskyttelse

2.1 Flyktningkonvensjonen

FNs flyktningkonvensjon art. 1A og art. 33 bestemmer at en person som etter konvensjonen anses som flyktning ikke må sendes tilbake til et område hvor vedkommende risikerer forfølgelse. Den offisielle norske oversettelsen av flyktningkonvensjonen definerer en flyktning (art. 1A) som en person som

”...med rette frykter forfølgelse på grunn av rase, religion eller nasjonalitet, medlemskap i sosial gruppe eller politisk oppfatning, befinner seg utenfor det land han er borger av, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt, er uvillig til å påberope seg dette lands beskyttelse...”

I art. 33 har man bestemmelsen om non-refoulement, dvs. forbud mot tilbakesending. Bestemmelsens pkt 1 lyder slik:

”Ingen kontraherende stat må på noen som helst måte utvise eller avvise en flyktning over grensen til områder hvor hans liv eller frihet ville være truet på grunn av hans rase, religion, nasjonalitet, politiske oppfatning eller det forhold at han tilhører en spesiell sosial gruppe.”

2.2 Den norske utlendingsloven

Utl § 16 første ledd lyder:

”Flyktning etter loven er utlending som går inn under flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 art. 1 A, jfr. protokoll 31. januar 1967.”

Definisjonen av flyktning fremgår av punkt 2.1 ovenfor. Den norske utlendingsloven henviser m.a.o. direkte til FNs flyktningkonvensjon. Utl § 17 bestemmer at den som defineres som flyktning har rett til asyl (fristed) i riket, men det er opp til statene selv å

bestemme hvem som faller innenfor eller utenfor konvensjonens flyktningbegrep. Norsk Høyesterett har uttalt seg om dette i Rt. 1991 s. 586. På side 592 sier retten at:

”...konvensjonens flyktningbegrep har ikke noen presis avgrensning...”

og på side 594:

”...flyktningbegrepet...har et kjerneområde hvis omfang ikke er fastlagt en gang for alle, men påvirkes av landenes praksis i tilknytning til nasjonale regler, flyktningekonvensjonens bestemmelser og Høykommissærens syn på disse bestemmelsene. Flyktninger som omfattes av kjerneområdet, må ... innvilges politisk asyl i Norge. Utenfor kjerneområdet vil det derimot være opp til norske myndigheter å gjøre seg opp en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet bør praktiseres ...”

Innholdet av begrepet flyktning må således defineres, og det gjøres ved bruk av alminnelig rettskildemetode. En nærmere undersøkelse av innholdet i flyktningbegrepet faller utenfor denne oppgavens tema, men det er imidlertid utfyllende behandlet i litteraturen⁵. Jeg vil likevel påpeke at når en stats innvilgelse av asylstatus avhenger av at vedkommende faller innunder flyktningkonvensjonens definisjon av flyktning, vil en vid eller snever fortolkning av flyktningbegrepet kunne få avgjørende betydning få statusen til vedkommende.

2.3 Spansk asylovgivning, LAR

Spania har, etter lovendring i 1994, valgt samme metode som Norge og inkorporert det folkerettslige flyktningbegrepet i nasjonal lovtekst. LAR art. 3 henviser til FN-konvensjonen fra Genève og protokollen fra New York, samt andre internasjonale instrumenter som er ratifisert av Spania. Barnekonvensjonen og Torturkonvensjonen som ble nevnt ovenfor, er ratifisert av Spania og man må da kunne konkludere med at Norge og Spania formelt sett har et likt flyktningbegrep. Det innebærer likevel ikke at man kan slutte at de to statene gir begrepet samme innhold i praksis.

⁵ Einarsen, 2000 s. 263 flg. / Kjetil Larsen i Utlendingsrett, 2003 s. 202 flg.

LAR art. 3.1 bestemmer at den som anses som flyktning har krav på asyl. Dette gjelder ikke flyktning som faller inn under FN-konvensjonens art. 1.F eller art. 33.2, se LAR art. 3.2.

2.4 Vern på annet grunnlag enn asyl i Norge

Dersom en asylsøker ikke anses som flyktning, og således ikke har et konvensjonsfestet krav på beskyttelse, kan det likevel være aktuelt å innvilge opphold på andre grunnlag.

Et slikt grunnlag finner vi i utl § 15. Paragrafens første ledd første punktum beskytter mot tilbakesending (non-refoulement):

”Utlending må ikke i medhold av loven sendes til noe område der utlendingen kan frykte forfølgelse som kan begrunne anerkjennelse som flyktning eller ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til slikt område.”

Lovregelen gjenspeiler konvensjonens art. 33, men ordlyden er ikke likelydende, og det medfører at den norske regelen senker sannsynlighetskravet til fordel for asylsøkeren. I enkelte tilfeller kan således vernet som følger av den norske bestemmelsen favne videre enn det konvensjonsfestede vernet.

Et annet oppholdsgrunnlag har vi i utlendingslovens § 15 første ledd andre punktum, som lyder slik:

”Tilsvarende vern skal gjelde utlending som av liknende grunner som angitt i flyktningdefinisjonen står i en nærliggende fare for å miste livet eller bli utsatt for en umenneskelig behandling.”

Ordlyden indikerer at regelen omfatter en større personkrets enn dem som faller inn under art. 33 som taler om ”flyktning”. Den siterte lovregelen fanger også opp Norges forpliktelse etter EMK art. 3 (forbudet mot tortur og umenneskelig behandling).

Reglene er nærmere redegjort for i Ot. prp. nr. 46 (1986-87) s. 87 og i (Utlendingsrett, 2003 s. 223-226).

Dersom § 15 første ledd kommer til anvendelse er hjemmelen for opphold utl § 8 andre ledd. Utl § 8 andre ledd er også hjemmelen for oppholdstillatelse på såkalt *humanitært grunnlag*. Det er ikke beskyttelsesbehov som da er det avgjørende, men om det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” eller ”utlendingen har særlig tilknytning til riket”. Myndighetene er forpliktet til å vurdere *ex officio* om bestemmelsen bør komme til anvendelse jf. § 15 andre ledd.

2.5 Vern på annet grunnlag enn asyl i Spania

Tidligere eksisterte det en grensedragning mellom asyl på grunnlag av forfølgelse, og asyl innvilget av humanitære grunner i Spania. Ordningen førte til forvirring og ble misbrukt av økonomiske innvandrere fordi det var mer opportunt å stille seg i asylsøkerkøen enn den alminnelige visumkøen. Av disse grunner ble denne ordningen forlatt ved lovendringen i 1994.

De som tidligere søkte asyl på humanitært grunnlag er i dag henvist til den generelle utlendingslovgivning, jf. femte avsnitt i motivene til LAR 1994. Men, fremdeles nevnes andre oppholdsgrunnlag enn asyl i LAR art. 17.2. Bestemmelsen uttrykker at kan det innvilges opphold på ”humanitært grunnlag” eller ”i det offentliges interesse” til en asylsøker som har fått avslag. Dette vil særlig dreie seg om personer som på grunn av alvorlige konflikter eller uroligheter av politisk, etnisk eller religiøs karakter har blitt nødt til å forlate sitt hjemland, men tross de nevnte omstendigheter ikke oppfyller de spesifikke vilkår for å bli definert som flyktning etter konvensjonen.

Oppholdshjemmelen vil imidlertid være i Ley de Extranjería, dvs. den generelle utlendingslovgivning. LAR art. 17.3 presiserer at Flyktningkonvensjonen art. 33 må overholdes.

2.6 Generelt om andre oppholdsgrunnlag

Statene kan innvilge opphold uten at det følger av en internasjonal forpliktelse, og da vil oppholdstillatelsen kun være avhengig av vilkår definert av staten selv. Slike nasjonale bestemmelser gir ofte inntrykk av at statene opererer med et bredere flyktningvern enn det FN-konvensjonen gjør. Det stemmer nok i enkelte tilfeller, men når statene unngår å

definere asylsøkerne som flyktninger og bruker andre nasjonalbestemte hjemler for å gi oppholdstillatelse oppstår en ny problemstilling. Dersom en flyktning som har krav på vern etter konvensjonen ikke gis flyktningstatus, er dette da et brudd på den folkerettslige forpliktelse?

Neppe, staten oppfyller sin plikt overfor de andre partene i konvensjonen når det gjelder byrdefordelingen. På den annen side avskjæres flyktningen fra de konvensjonsbestemte privilegier. Forskjellen i praksis vil være avhengig av standarden på rettighetene som følger av det nasjonalbestemte oppholdsgrunnlaget.

Det er viktig å være oppmerksom på forskjellen mellom hjemmelsgrunnlagene for oppholdstillatelse. I den offentlige debatt er det en tendens til å overse nyansene her, slik at det ikke skilles klart mellom opphold gitt som følge av en internasjonal forpliktelse og opphold gitt på andre grunnlag.

3 Saksbehandlingen trinn for trinn.

3.1 Innledning

Individene er rettighetssubjekter etter Flyktningkonvensjonen, og statene kan således ikke, uten å bryte sine internasjonale forpliktelser, avfeie utlendingens krav uten en viss grad av vurdering. Hvordan denne vurderingen skal legges opp står statene fritt til å bestemme, og derfor kan de nasjonalbestemte asylprosedyrene være svært forskjellige. Hovedformålet med prosessen vil alltid være det samme, nemlig å avkrefte eller bekrefte flyktningstatus.

I Spania er retten til å søke asyl befestet i Konstitusjonens art. 13.4 under kapittelet ”fundamentale rettigheter og plikter”. Bestemmelsen medfører først og fremst en plikt til å lovregulere temaet, og rettspraksis⁶ har heller ikke lagt mer i bestemmelsen enn en symbolverdi.

3.2 Hvor kan asylsøkeren henvende seg?

En asylsøknad kan etter norske regler fremmes av en som oppholder seg i riket⁷ eller en som er på grensen. Dette følger av utl § 17 første ledd. Politiet er ansvarlig for å ta imot søknader, og arbeidet er lagt til egen enhet som fra 1. januar 2004 kalles Politiets Utlendingsenhet (PSU).

Søkere som befinner seg på spansk territorium kan fremme søknaden for kompetent regjeringsmyndighet jf. LAR art. 4.1. Disse myndighetene defineres i forskriftenes art. 4.1 a) til d), og blant dem er Oficina de Asilo y Refugiados, som kan oversettes med kontoret for asyl og beskyttelse. Heretter vil jeg benevne kontoret ”OAR”. I tillegg bestemmer forskriften at grenseovergangssteder, utlendingskontorer og politistasjoner er kompetente organer med regjeringsmyndighet, og søknad kan følgelig leveres inn hos disse. I tillegg kan søknad om asyl i Spania fremmes via Utenriksministeriet, jf. LAR art. 4.3. Bestemmelsen retter seg mot søknader som leveres hos spanske ambassader og

⁶ Referert av Arribas 2000, s. 273.

⁷ Tor-Geir Myhrer i Utlendingsrett 2004 s. 39-41 redegjør utfyllende for hva som kan forstås som ”riket”.

konsulater. Uansett hvor søknaden fremsettes skal den straks oversendes til OAR sammen med tilhørende informasjon, jf. forskriften til LAR art. 6.3.

Sammenlikner vi landenes regulering av adgangen til å levere inn en asylsøknad, ser vi at den er vid i begge land. Dette er i tråd med Verdenserklæringen om menneskerettigheter fra 1948 art. 14 som bestemmer at enhver person har rett til å søke asyl og nyte vern mot forfølgelse. Individets rett til beskyttelse ble folkerettslig bindende for statene som er part i Genèvekonvensjonen. Potensielle søkere bør således ikke fratras denne rettigheten ved formelle regler om hvor det kan søkes fra. I Spania er det flere forskjellige organer som kan ta imot en søknad, mens i Norge er det kun politiet som har denne myndigheten. Etersom det i Norge ikke vil være problematisk å ta seg frem til en politistasjon er nok ikke adgangen snevrere i Norge. Forskjellen mellom systemene er at det spanske regelverk åpner for søknad om asyl sendt fra utlandet, mens dette ikke er mulig i Norge. Det er da naturlig å spørre om dette vil kunne ha betydning for en flyktnings mulighet til å oppnå beskyttelse.

Det vil nok i mange tilfeller være enklere for personer som mener seg forfulgt i sitt hjemland å ta seg til en ambassade eller et konsulat enn til et sikkert asylland. Avstanden vil i de fleste tilfeller være kortere og krever dermed mindre økonomiske midler. Et annet tenkt tilfelle er praktisk umulighet for den forfulgte å ta seg ut av sitt hjemland på grunn av strenge utreisekontroller. Denne forskjellen kan medføre at personer uten økonomisk eller praktisk mulighet for å komme seg til Norge, blir utestengt fra å søke asyl i Norge. Hensynet til å unngå såkalt menneskesmugling over landegrensene blir nok også bedre ivaretatt med den spanske ordningen. Landet hvori asyl søkes krever verken reisedokument eller visum for å ta imot søknader ved utenriksstasjoner, og det er jo nettopp grunnet denne betingelsen at menneskesmugling har blitt så utbredt.

I 2003 mottok spanske utenriksstasjoner 140 søknader⁸. Det viser at problemstillingen er praktisk, og man kan spørre hvorfor Norge ikke har denne ordningen? I Ot.prp. nr. 46 (1986-87) skrives det om grensedragningen i utl § 17 at:

⁸ Anuario Estadístico de Extranjería 2003 s. 519.

”...begrensningen som her er trukket, medfører imidlertid ikke at norske myndigheter er avskåret fra å gi flyktninger utenfor rikets grenser beskyttelse.” og ”At det ikke finnes regler om diplomatisk asyl i fremmedlovgivningen hindrer derfor ikke myndighetene i å gi slikt asyl.”

Mer utdypende grunner gis det ikke for denne avgrensningen. Adgang til asyl i norske ambassader og konsulater er dermed avhengig av folkerettslige regler eller politisk velvilje. Dette fratar, ihvertfall i første omgang, flyktningen rettighetene som følger av utlendingsloven. UDI har utarbeidet et rundskriv⁹ for behandling av asylsøknader som innleveres ved utenriksstasjoner, og i dets punkt II sies det at ”[s]økere skal informeres om regelverket og at søknader fra utlandet i utgangspunktet vil avslås på formelt grunnlag.”

En annen mulighet for å oppnå beskyttelse i Norge fra utlandet er å henvende seg til en internasjonal organisasjon, typisk UNHCR, slik at denne kan anmode norske myndigheter om å gi vedkommende beskyttelse. Dersom en slik overføringsflyktning gis innreisetillatelse skal vedkommende få arbeids- eller oppholdstillatelse, jf. utl 22 fjerde ledd første punktum. Vedkommende oppnår dermed beskyttelse, men asylstatusen avgjøres først når vedkommende befinner seg i Norge. Ved denne vurderingen skal UDI ”legge tilbørlig vekt på om søkeren hadde grunn til å regne med å bli behandlet som flyktning”, jf. utl § 21 andre ledd. Denne ordningen er i NOU 2004: 20 foreslått videreført, se § 44 i utkastet til ny utlendingslov.

For å oppsummere kan vi derfor konkludere med at personer som søker asyl fra spanske utenriksstasjoner har et krav på å få søknaden vurdert, mens søkere ved norske utenriksstasjoner ikke har det. Mulighetene for å oppnå beskyttelse i Norge fra utlandet er imidlertid ikke stengt, bl.a. som følge av ordningen med overføringsflyktninger.

3.3 Informasjonsinnhenting og verifisering av personalia og asylgrunner

Myndighetene må innhente informasjon om flyktningen og grunnene for ønsket om asyl for å kunne avgjøre asylsøknaden. I denne prosessen pålegges flyktningen diverse

⁹ Rundskriv UDI 02-54 SODA.

plikter, men tilkjennes også rettigheter både av rettsikkerhetsmessige hensyn og av hensyn til de elementære menneskelige behov. Punkt 3.3 forklarer hvordan myndighetene innhenter den nødvendige informasjon. For å klargjøre de ulike etappene i hvert lands prosedyre har jeg valgt å redegjøre for hvert lands prosedyre hver for seg, og til slutt sammenlikne reglene.

3.3.1 Norge

3.3.1.1 Registrering

I Norge er politiet den første instans asylsøkeren har kontakt med. Når det søkes asyl, enten skriftlig eller muntlig, skal søknaden registreres jf. uf § 54. Fremgangsmåten for registreringen er ytterligere regulert i UDIs rundskriv 2002-56. Navn og i korte trekk personalia nedtegnes på fastsatt skjema. Bare i begrenset grad berører man årsaken til at vedkommende søker asyl, men iblant legges det imidlertid ved en politirapport med nærmere opplysninger om asylsøkeren og hans/hennes beveggrunner for asylsøknaden. Ved registreringen spørres også søkeren om han/hun samtykker til informasjonsutveksling med andre land og organisasjoner, og i de fleste tilfeller godtas dette.

Asylsøkeren skal gis veiledning om sine rettigheter og plikter. I utlendingsloven § 32 slås det fast at de alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler gjelder dersom annet ikke følger av loven selv. De enkelte rettighetene i forvaltningsloven som ikke gjentas eller utdypes i utlendingsloven eller -forskriften, går jeg imidlertid ikke nærmere inn på i denne oppgaven og henviser til begrunnelsen i punkt 1.2.

Utl § 33 bestemmer at utlendingen skal ha rett til å uttale seg på et språk som han/hun kan kommunisere forsvarlig på, og dette innebærer at utlendingen kan kreve bruk av tolk. Regelen er viktig for at saken skal bli godt opplyst og er således grunnleggende for forsvarlig saksbehandling.

Politiet har i tillegg plikt til å veilede om rett til bistand av fullmektig/advokat. Etter lovendring som trådte i kraft 1. januar 2005 vil søkerne som hovedregel ikke lenger ha krav på fritt rettsråd i første instans, jf. utl § 42. Det gjøres unntak bl.a. der asylsøker er

mindreårig eller saker der eksklusjon kan bli utfallet. Ettersom en asylsøker normalt ikke kan bekoste hjelp fra fullmektig/advokat selv, blir den nye hovedregel at forvaltningen selv hjelper flyktningen med å legge frem sin sak i den innledende fasen. FNs Høykommissær for flyktninger eller en norsk flyktningorganisasjon slik som NOAS kan også bidra i dette arbeidet. En sjelden gang kan det også være aktuelt å ta kontakt med representanter fra hjemlandet, og da gir reglene adgang til det.

I tillegg kan flyktningen kreve rettslig avhør i medhold av utl § 36 dersom han/hun har opplysninger som ikke kan fremlegges på annen tilfredsstillende måte. Slikt avhør kan også utlendingsmyndighetene kreve.

Utlendingsloven pålegger asylsøkeren plikter av varierende tyngde. Aller først har søkeren plikt til å levere inn pass eller annet reisedokument samtidig med at asylsøknaden innleveres. Det følger av utl § 17 fjerde ledd og gjentas i uf § 54 andre ledd. Samtidig har utlendingen plikt til å medvirke til å avklare sin identitet etter utl § 37, og loven tilkjenner myndighetene tvangsmidler dersom søkeren tilbakeholder eller skjuler opplysninger om sin identitet. Tvangsmidler kan også brukes når utlendingen ikke vil ut med opplysninger om tidligere oppholdssted som kan kreves etter utl § 44.

3.3.1.2 Egenerklæring

Søkeren avgir normalt en egenerklæring til Utlendingsdirektoratet (UDI) som administrativt ligger under Kommunal- og Regionaldepartementet. Det er ikke lovpålagt å avgi egenerklæring, men her får vedkommende en mulighet til å fortelle sin historie med egne ord før hovedintervjuet og dermed uten føringer fra intervjuer. Egenerklæringen består av et standardskjema som inneholder spørsmål om identitet, familiemedlemmer, asylgrunnene og reiserute. Asylsøkeren får veiledning om betydningen av å uttrykke seg klart, presist og sannferdig ved utfyllingen av skjemaet. Likevel er det viktig at en mangelfull egenerklæring ikke brukes mot søkeren, både på grunn av menneskers ulike evne til å uttrykke seg skiftlig, og på grunn av muligheten for språkproblemer/nyanseforskjeller i en skriftlig framstilling. Egenerklæringen skal tjene som utgangspunkt for hovedintervjuet.

Den videre saksgang er noe ulik ettersom UDI mener saken tilhører gruppe 1, 2 eller 3-land. Gruppe 1 saker omfatter saker hvor søkeren tilhører et ”vestlig” i-land der det som hovedregel konkluderes med at søknaden er åpenbart grunnløs og beskyttelse ikke trengs. Disse underlegges en raskere saksbehandling enn gruppe 2 og 3-sakene som regnes som ordinære asylsaker og gjelder søkere fra land hvor søkeren henholdsvis, normalt vil kunne ha et beskyttelsesbehov, eller hvor utfallet er uvisst. I fortsettelsen vil kun saksgangen til de ordinære sakene bli behandlet.

3.3.1.3 Asylintervju

Utlendingsdirektoratet er ansvarlig for at asylintervju foretas, og reglene rundt intervjuet finner vi i uf § 55. Asylintervjuet foretas ikke dersom utlendingen bortvises på grunnlag av første asyllandregelen eller Dublinreglene, se punktene 3.4.1 og 3.4.2. Intervjuet har som formål å klarlegge sakens fakta, og uf § 55 andre ledd første punktum gjentar prinsippet om best mulig saksopplysning fra fvl § 17.

Før intervjuet foretas skal søkeren på nytt informeres om at det er viktig å gi sannferdig og fullstendig forklaring og at uriktige eller fortiede opplysninger av vesentlig betydning kan få negativ virkning for søknaden. Opplysningene som asylsøkeren avgir her vil danne grunnlag for søknaden, sammen med opplysninger gitt ved registreringen og ved en eventuell egenerklæring.

Tolk skal tilkalles dersom intervjuer og søker ikke kan kommunisere forsvarlig på felles språk, og kvinner skal kunne få kvinnelig intervjuer hvis de ønsker det, se uf § 54 andre ledd.

3.3.2 Spania

I Spania er den innledende fase noe annerledes enn i Norge. Søkeren får utlevert et informasjonshefte idet asylsøknaden leveres inn, jf. forskriften til LAR art. 5.1. Heftet er utarbeidet av forvaltningen sammen med UNHCR og ikke-statlige organisasjoner som arbeider med flyktninger. Informasjonen skal være på forskjellige språk, og formålet er at asylsøkeren selv skal ta kontakt med de organisasjoner som kan hjelpe han/henne i søknadsprosessen.

Asylsøkeren får også muntlig veiledning og informasjon hos den myndighet hvor søknaden leveres, se forskrift til LAR art. 5.2. Det opplyses om betydningen av å fremskaffe bevis eller indisier for å verifisere grunnlaget for asylsøknaden, samt om rettigheter som de har etter LAR, slik som rett til tolk og juridisk bistand. I tillegg ordnes medisinsk bistand eller sosialhjelp dersom det er nødvendig, jf. art. 5.2 i.f.

Som vi har sett kan asylsøknader innleveres hos ulike forvaltningsorganer i Spania. Imidlertid skal alle øyeblikkelig sendes direkte til OAR ifølge art. 6.3 i forskriften til LAR. OAR kan sies å være det sentrale organet i den spanske asylsaksprosedyren. Det er et spesialisert forvaltningsorgan som ligger under Innenriksdepartementets administrative ledelse. Innad ledes OAR av en president. Som vi skal se er oppgavene til OAR av forskjellig art; organet har kompetanse til å evaluere søknader og informere om praksisen som følges i dette arbeidet, men også til å utarbeide retningslinjer for utøvelsen av sitt arbeid og til å komme med anbefalinger til Innenriksministeriet.

3.3.2.1 Egenerklæring

Når OAR mottar en asylsøknad har de plikt til å informere UNHCRs representant i Spania om den innkomne søknaden innen 24 timer fra mottakelsen av denne, jf. forskriften til LAR art. 6.4. Neste skritt i prosedyren er formalisering av søknaden ved personlig oppmøte og utfylling av et skjema som skal finnes på spansk og andre språk. I dette skjema skal alle data, faktiske hendelser og anførsler som støtter søknaden tas med. Kopier av pass eller annet reisedokument skal legges ved, eller unnlatesen grunnngis. Pass eller andre id-kort innleveres i originalen dersom søknaden godtas for videre saksbehandling. Alt dette er regulert i art. 8 i forskriften til LAR. I artikkelens fjerde punkt slås det fast at søkerne som befinner seg på spansk territorium har rett til bruk av tolk og juridisk bistand under formaliseringen av søknaden og hele den videre prosessen. I tilfelle søknaden realitetsbehandles vil søkeren på nytt bli innkalt til nærmere intervju se punkt 4.2.

Den juridiske bistand er gratis for asylsøkere som ikke har tilstrekkelige økonomiske ressurser selv, og det gjelder hele asylsøknadsprosedyren, også en eventuell domstolsprosess. Dette følger av spansk lov om gratis juridisk bistand; Ley 1/1996, de

10 enero, de Asistencia Juridica Gratuita. Bistanden begrenses til kun å gjelde angrep på bestemmelser som avslutter prosessen, og gjelder kun behandlingen av asylsaken. Tilknyttede prosesser som ikke direkte gjelder asylsøknaden faller utenom i følge loven art. 7.1 og 7.2. Kravet om at asylsøkeren ikke selv har tilstrekkelige økonomiske midler er nærmere regulert i art. 3.1, og innebærer at søkeren ikke har årlig inntekt eller formue som overstiger 17.342 euro.¹⁰ Adgangen til gratis juridisk bistand for flyktninger i Spania må således sies å være vid.

Forskriften til LAR art. 9 beskriver asylsøkerens plikter. Søkeren bør bevise den oppgitte identitet og komme med en sannsynlig beretning om den opplevde forfølgelsen som kan gi grunnlag for asyl. Senere skal OAR undersøke de objektive forhold og vurdere hvilken effekt disse skal ha for asylsøknaden.

Søkeren er pliktig til å hele tiden holde forvaltningsmyndighetene informert om aktuelt bosted og adresse. Dersom utlendingen ikke oppfyller sine plikter har myndighetene mulighet til å bruke tvangsmidler lovfestet i Ley de Extranjería dersom det er begrunnet i hensynet til den offentlige sikkerhet. Dette kan innebære bl.a. inndragning av pass/reisedokument, personlig meldeplikt for myndighetene eller varetektffengsling, se art. 61.

3.3.3 Sammenlikning av reglene

I sammenlikningen av de to lands saksbehandlingsprosedyrer hittil, er den mest slående forskjellen hvilket organ flyktningen møter. I Spania er det OAR, dvs. et offentlig spesialisert organ som er ansvarlig for å formalisere asylsøknaden, herunder foreta hovedintervju. I Norge møter flyktningen politiet for å registrere søknaden, og deretter UDI for å avggi egenerklæring og foreta hovedintervju. Et fellestrekk ved disse organene, OAR og det norske politiet, er at de ikke har vedtakskompetanse. Det er ikke ensbetydende med at behandlingen hos disse organene ikke er viktig, for som vi skal se vil informasjonen som kommer frem hos OAR og politiet ha stor betydning for flyktningen senere i prosessen.

¹⁰ Art. 3.1 fastsetter formue- og inntektsgrensen til "el doble del salario minimo interprofesional", dvs. det dobbelte av gjennomsnittlig minimumsinntekt. Den gjennomsnittlige minimumsinntekt er satt til er 8671 euro i året etter Real Decreto Ley 3/2004 de 25 de junio.

FNs Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling, legger opp til en todeling av prosessen med introduksjonssamtale og deretter et mer dyptgående intervju for å luke bort misforståelser. Se Håndbokens del to "Etablering av fakta", spesielt punktene 199-200. Håndboken er som nevnt ikke bindende folkerett, men uttrykker Høykommissærens oppfatning av god saksbehandling og har således betydelig autoritet.

På bakgrunn av gjennomgangen av saksbehandlingsreglene hittil, mener jeg at man med rette kan hevde at både Spania og Norge følger denne totrinns prosessen. Likevel tror jeg den spanske prosessen gir bedre adgang til å gjennomføre formålet med todelingen enn den norske prosessen gir. Bakgrunnen for å hevde dette er at mange flyktninger i sin ballast har en velbegrunnet frykt for politiet, og vil være svært tilbakeholdne med å legge fram alle viktige fakta for dem. Ved registreringen berøres grunnene til at vedkommende ønsker asyl, og det er et tema flyktningen vil være spesielt redd for å legge frem for politiet. Asylgrunnene berøres mer inngående hos UDI etterpå, men uoverensstemmelse i opplysningene fra registreringen og opplysningene gitt i egenerklæringen og hovedintervju hos UDI kan føre til vanskeligheter og eventuelt avslag på søknaden når prosessen har kommet dit hen.

En flyktning i Spania møter OAR ("Kontoret for asyl og beskyttelse") som allerede i navnet burde føre til en mer tillitsvekkende atmosfære. Den redsel mange asylsøkere har for politiet er man da kvitt, og en mer tillitsvekkende situasjon vil automatisk lette informasjonsinnhentingen. At man i Spania har valgt å holde politiet utenfor asylprosessen har nok også sine historiske grunner. Under Francos fascistiske styresett (1939-1975) var politiet en del av militærmakten. Politiet ble da et stadig mer autonomt organ noe som medførte utbredt maktmisbruk, og sterkt synkende tillit til politiet hos befolkningen. OAR er videre ansvarlig for å utrede de forhold søknaden gir grunnlag for, og utarbeide et begrunnet løsningsforslag. I hver sak vil dette utredningsarbeidet bli vurdert av en høyere instans, og det medfører en kvalitetssikring som også den norske prosessen kunne nytt godt av.

Når det gjelder rettigheter og plikter tillagt flyktningen i denne innledende fasen, er den mest fremtredende forskjell at en flyktning i Norge ikke lenger vil ha krav på gratis juridisk bistand. Denne lovendringen begrunnes i Innst. O. nr. 93 (2003-2004) med at:

”...det etter departementets vurdering ikke er noe stort behov for omfattende advokatbistand i søknadsfasen. Det viktigste på dette tidspunktet er ikke å argumentere juridisk, men å fremskaffe alle opplysninger som er relevante for vurderingen av beskyttelsesbehovet. Dette er en oppgave som departementet mener i dag ivaretas godt av Utlendingsdirektoratet. Departementet mener for øvrig at rettssikkerhet ikke er ensbetydende med advokatbistand, og at bistand til asylsøkere i enkelte tilfeller kan ytes av andre enn advokater.”

Den nye ordningen erstatter individuell juridisk bistand med et informasjonstilbud fra organisasjoner som arbeider med flyktninghjelp. Høringsuttalelsene gir uttrykk for at nettopp de aktuelle organisasjonene er skeptiske til den nye ordningen, og mener at et utvidet informasjonstilbud fra dem ikke kan erstatte tilbudet om fri rettshjelp. UNHCR mener ordningen ikke gir asylsøkerne tilstrekkelig rettssikkerhet med mindre man sikrer at organisasjonene også har et vel trent og erfarent juridisk personale.

I Spania vil asylsøkerne kunne dra nytte av hjelpen fra frivillige organisasjoner, og i tillegg ha krav på gratis juridisk bistand, om enn etter en behovsprøving. Selv om de norske reglene fortsatt vil åpne for fritt rettsråd i første instans i enkelte saker, blir hovedreglen at det ikke ytes fritt rettsråd i denne fasen. I Norge vil denne oppgaven i normaltilfellene kun bli ivaretatt av de frivillige organisasjoner. Denne forskjellen mener jeg kan få betydning for resultatet. I asylsaker er det ofte vanskelig å frembringe informasjon og dokumentasjon bl.a. på grunn av fluktsituasjonen i seg selv, den påkjenning det medfører for søkeren og/eller forhold i hjemlandet. Jeg tror en advokats erfaring vil kunne være til nytte her. Mediene har vist at enkelte advokater har utnyttet systemet med standardsalær i asylsaker og ikke utført godt arbeid. Slike tilfeller bør unngås ved hjelp av andre virkemidler enn å avskaffe hele ordningen. Det gjenstår å se hvordan de nye norske reglene vil fungere i praksis og om endringen i rettshjelpstilbudet får negative konsekvenser.

3.4 Vurdering om søknaden skal realitetsbehandles

I Norge er det UDI som vurderer om en søknad skal realitetsbehandles, og det er UDI som deler søknadene inn i gruppe 1, 2 og 3-land. UDI vurderer også forskjellige

materielle avvisningsgrunner, og disse behandler jeg nærmere i punktene 3.4.1, 3.4.2 og 3.4.3.

Etter de spanske saksbehandlingsreglene er det OAR som vurderer om en asylsøknad skal realitetsbehandles. Fremgangsmåten er beskrevet i forskriften til LAR kapittel II art. 17 flg. Forskriften inneholder alminnelige regler om nektelse av saksbehandling, samt regler som anvendes når personen ikke bare nektes realitetsbehandling av asylsøknaden sin, men også nektes adgang til Spania.

Når OAR mener det er riktig på grunnlag av asylsøknaden å nekte realitetsbehandling, sender de en begrunnet innstilling om dette til Innenriksministeriet. I tillegg bør Spanias UNHCR-representant informeres om vedtaket og gis mulighet til å komme med uttalelse, og fristen for å uttale seg er ti dager, jf. art. 17.1 andre setning. En positiv uttalelse fra UNHCR vil nok være et tungtveiende argument for Innenriksministeriet når det avgjør om søknaden skal realitetsbehandles eller ikke, men myndighetene er ikke pålagt å følge UNHCRs uttalelse. En avgjørelse må tas innen 60 dager fra fremsettelsen av asylsøknaden, hvis ikke skal søknaden realitetsbehandles ifølge art. 17.2. De opprinnelige hensynene til økonomi og effektivitet som nok vært bestemmende for utformingen av regelen viker for hensynet til søkerens forventninger etter 60 dager. En realitetsbehandling garanterer imidlertid ikke positivt utfall.

Som nevnt har Spanias asylovgivning også regler som nekter søkeren adgang til riket. Disse står i forskriftens art. 18 som henviser til grunnene for nekting av realitetsbehandling angitt i LAR art. 5.6, se nærmere 3.4.3. Dersom en av disse grunnene er oppfylt og søkeren i tillegg mangler de nødvendige rekvisitter for adgang til Spania etter landets utlendingslovgivning¹¹, kan prosedyren for avvisning ved grensen anvendes. Prosessen er beskrevet i forskriftens art. 22. Det som er interessant å nevne ved denne, er at dersom nektelsen av realitetsbehandlingen er begrunnet med første-asyllandregelen eller Dublinreglene skal Innenriksministeriet gi søkeren adgang til Spania innen 72 timer i de tilfeller hvor det trekkes ut med å ordne forholdet til tredjestaten som er ansvarlig for søkeren. Dersom tredjestaten nekter å ta imot flyktningen anses det første negative vedtaket for uten effekt, og søknaden behandles

¹¹ Ley de extranjería art. 25.

deretter etter den alminnelige prosedyren. Det tas m.a.o. hensyn til at flyktningen ikke skal falle mellom to systemer og bli uten rettigheter i alt for lang tid. Dette mildner noe av ansvarsfraskrivelsen som både første-asyllandsreglen og Dublinreglene kan kritiseres for. Uttrykkene henviser til prosessuelle regler som gir nasjonalstatene adgang til å nekte realitetsbehandling av en asylsøknad med den begrunnelse at et annet land ivaretar ansvaret som statene har påtatt seg etter Flyktningkonvensjonen. Disse reglene skal vi se nærmere på nå.

3.4.1 Første asyllandsregelen.

En asylsøker kan som hovedregel ikke selv velge hvor han/hun skal søke asyl, men må søke i det første trygge landet vedkommende ankommer, det såkalte mottakerlandet. Hvis personen reiser videre og søker asyl i et annet land, risikerer søkeren å bli sendt tilbake til mottakerlandet, for så å måtte søke asyl der. Dette betegnes som første asyllandregelen. Mer detaljert innebærer reglen at land nummer to har rett til å returnere flyktningen til mottakerlandet uten å måtte realitetsbehandle asylsøknaden og uten å bryte FN-konvensjonen. Anvendelse av regelen vil for de fleste land være avhengig av to betingelser. For det første følges normalt en 48 timersfrist, og for det andre et krav om at asylsøkeren har reist direkte fra mottakerlandet til landet han/hun returneres fra. Regelen praktiseres internasjonalt selv om den ikke er traktatfestet.

I det norske regelverk finner vi regelen i utl § 17 første ledd bokstav c) jf. andre ledd. For å gjøre bildet fullstendig er det viktig å merke seg også § 17 andre ledd som bestemmer at returadgangen ikke skal benyttes dersom "...flyktningen har en tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å gi flyktningen beskyttelse." Heller ikke kan flyktningen sendes tilbake dersom han/hun risikerer å bli sendt til forfølgelsesstaten fra mottakerlandet, jf. § 15 første ledd. Dette kalles indirekte refoulement, og Flyktningkonvensjonen har uttrykkelig bestemmelse om at statene har plikt til å ikke sende flyktningen til områder hvor hans/hennes liv eller frihet kan være truet jf. art. 33. Artikkelens ordlyd retter seg mot direkte refoulement, men det er klart at også indirekte refoulement vil bety brudd på Flyktningkonvensjonen.

Også Spania følger første asyllandregelen. Den er nedfelt i LAR art. 5.6 bokstav f). Lovregelen behandler både de tilfeller der søkeren allerede er anerkjent som flyktning

og har oppholdstillatelse eller rett til å få asylstatus i et tredjeland, og de tilfeller der søkeren kunne ha søkt om beskyttelse i et trygt tredjeland.

Det er disse ”kunne-tilfellene” som utgjør den materielle første asyllandregelen.

Kravene om at tredjelandet er trygt, og at det finnes garantier mot hjemsendelse til forfølgelseslandet er lovfestede betingelser for at en asylsøknad kan avvises på grunnlag av første asyllandsregelen.

Begge land gjør altså bruk av første asyllandregelen, og garantiene for å unngå indirekte refoulement er rimelig likelydende. Flyktningens rettsikkerhet vil her være avhengig av det praktiske arbeidet som gjøres for å undersøke sikkerheten i det første asyllandet før tilbakesendingen iverksettes. Søknader som kan nektes realitetsbehandling med hjemmel i første asyllandregelen skal ikke vurderes etter Dublinreglene, og disse behandles i neste punkt.

3.4.2 Dublinreglene

Landene i Schengen-samarbeidet, som gjelder felles grensekontroller i Europa, har utarbeidet regler om hvilke land som er ansvarlige for behandling av asylsøknader. Disse reglene står i Dublin II-forordningen¹² artiklene 4 til 8. Både Norge og Spania deltar i dette samarbeidet. Forordningens formål er å sikre at alle personer som leverer en søknad i Schengenområdet får behandlet denne, og at asylsøknaden kun behandles i ett av EUs medlemsland, herunder Spania, eller Norge/Island. Dublin II-forordningen bygger på Dublinkonvensjonen som var en folkerettslig avtale utarbeidet av EU-landene.

Samtlige medlemsstater har ratifisert Flyktningkonvensjonen, endringen ved New York-protokollen, samt Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon¹³ og Torturkonvensjonen. Statene er således forpliktet til å gi søkerne en forsvarlig asylsaksbehandling i samsvar med de forpliktelsene som følger av de nevnte internasjonale konvensjonene. Likevel kan det nok med rette hevdes at Dublinreglene forverrer flyktningens situasjon ettersom store deler av Europa nå er ett ansvarsområde,

¹² Rådsforordning (EC) nr 343/2003 av 18. februar 2003 om fastsettelse av kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilket land som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i en medlemsstat av en borger av et tredjeland.

i stedet for at hvert land utøver ansvaret etter Genèvekonvensjonen hver for seg. Flyktningen får m.a.o. færre land å kreve sin rett av, og derfor kan man si at Dublinreglene innebærer en ansvarsfraskrivelse. Den positive effekt er at man unngår problemet med flyktninger ”in orbit”, dvs. at søkerne sendes fra land til land uten at noen stat påtar seg ansvaret for dem.

Henvisning til Dublinforordningen for Spanias vedkommende finner vi i LAR art. 5.6 bokstav e) og regelen gir adgang til å nekte realitetsbehandling av søknaden. Avgjørelsen tas av Innenriksministeriet på bakgrunn av begrunnet innstilling fra OAR. I de norske regler finnes henvisningen til Dublinforordningen i utl § 17 bokstav e), og det er politiet som er ansvarlig for å avklare om søkeren har vært i et Dublin-land tidligere ved hjelp av Eurodac-systemet¹⁴. Det er imidlertid UDI som fatter vedtak om oversending til det aktuelle landet når aksept for dette foreligger.

Landenes regelsett er selvsagt omtrent sammenfallende på dette punktet, og det er jo også målsetningen for Dublinforordningen. Det er imidlertid på sin plass å nevne at landene fritt kan anvende nasjonalbestemte rettsikkerhetsgarantier. Både Spania og Norge gir vernet mot indirekte refoulement som beskrevet i punktet ovenfor, anvendelse også i Dublinsakene.

3.4.3 Andre grunner for nekting av realitetsbehandling

Både utl § 17 første ledd og LAR art. 5.6 angir en rekke situasjoner hvor realitetsbehandling av søknaden kan nektes. For å bevare rettsikkerheten for den enkelte asylsøker er det viktig at det også i disse tilfellene finnes klagemuligheter. Det kan jo hende at det første beslutningsorganet tok feil.

De materielle grunnene for å nekte saksbehandling er nokså like i de to systemene. Eksempelvis henviser begge lovtekster til Flyktningkonvensjonen art. 1F som summarisk gjengitt omhandler personer som det er sterke grunner til å tro at har begått alvorlige internasjonale forbrytelser. Se LAR art. 5.6 a) og utl § 17 første ledd a) jf. § 15 tredje ledd. Begge land har også bestemmelser som er mer skjønnsmessige.

¹³ Konvensjonen om menneskerettigheter (EMK) av 1950.

Bestemmelsen i § 17 første ledd f) unntar personer som ”av tvingende samfunnsmessige hensyn må nektes asyl”. Et liknende skjønnsmessig eksempel fra LAR er art. 5.6 d) som oversatt nekter realitetsbehandling av søknader ”som er basert i kjensgjerninger, data, eller anførsler som er klart er usanne, usannsynlige eller mangler aktualitet og derfor ikke gir grunnlag for beskyttelse”. Ved slike skjønnsmessige lovbestemmelser er det spesielt viktig at det finnes overprøvningsmuligheter for ellers gis et forvaltingsorgan svært mye makt. En gal avgjørelse kan i asylsaker få alvorlige konsekvenser og derfor bør rettsikkerhetshensynet veie tungt.

Jeg går nå ikke nærmere inn på de ulike materielle grunner for nekting av realitetsbehandling ettersom oppgaven sentrerer seg om de prosessuelle reglene.

3.5 Overprøvningsmuligheter når søknaden nektes realitetsbehandling

Klagebehandlingen i UDI og UNE vil bli detaljert gjennomgått i punkt 5.1, hvor klagemulighetene for et negativt realitetsvedtak skal drøftes.

I Spania starter klagebehandlingen hos OAR. Dette blir redegjort for i punkt 5.2, hvor også klagemulighetene for et negativt realitetsvedtak drøftes.

¹⁴ Om Eurodac, se Kvigne i Utlendingsrett 2004 s. 44.

4 Realitetsvurdering av søknaden i første instans

4.1 Norge

I Norge er UDI første instans som vurderer søknaden jf. § 21 første ledd første punktum. Tidligere i prosessen har flyktningen kommet med informasjon om seg selv og familien, om reiserute og om asylgrunnene. Dette ble behandlet i punkt 3.3.

I UDI vurderes sakens opplysninger opp mot UDIs øvrige informasjon om det aktuelle land/område asylsøkeren kommer fra. Opplysningene fra prosessens første del blir noen ganger forsøkt verifisert. UDI har utlendingsattachéer plassert i enkelte typiske flyktningproduserende områder. Disse har i oppgave å bringe klarhet i om opplysningene UDI har fått fra asylsøkeren er riktige eller gale. Utl § 21 siste ledd bestemmer at UDI

”...av eget tiltak [skal] innhente informasjon som er nødvendig og tilgjengelig, jf. forvaltningsloven § 17. Uavhengig av reglene om taushetsplikt kan FN's høykommissær for flyktninger gis innsyn i saksdokumentene. I den utstrekning det er nødvendig i forbindelse med innhenting av opplysninger, kan innsyn også gis til flyktninge- eller menneskerettsorganisasjon.”

UDI har således hovedansvaret for å klarlegge faktum som er nødvendig for å kunne vurdere asylsøknaden, og deretter treffe vedtak jf. 21 første ledd.

4.2 Spania

Det er OAR som utreder søknaden, se punkt 3.3.2 og asylsøkeren kan under hele deres behandling komme med nye eller komplimenterende opplysninger som kan underbygge søknaden. Denne informasjonen må imidlertid komme før hovedintervjuet som også foretas av OAR. Reglene om adgang til å komme med ny informasjon og andre regler om saksforberedelsen finner vi i forskriften til LAR art. 24, og reglene om hovedintervjuet står i art. 25.

Hovedintervjuet skal skje etter at søknaden er utredet og rett før løsningsforslag utarbeides. Asylsøkeren skal varsles 10 dager før intervjuet. Det er adgang til å droppe intervjuet dersom ingen andre bevis enn dem som er framskaffet av asylsøkeren selv tas i betraktning ved utarbeidelsen av løsningsforslaget. Den generelle forvaltningslov i Spania, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) setter minstekravene til en forsvarlig forvaltningsprosedyre, jf. lovens motiver. Ettersom også denne loven foreskriver personlig fremmøte, og hensynet til god saksopplysning veier tungt i asylsaker, bør mulighetene LAR gir til å unnlate personlig fremmøte tolkes snevert.

I utredningsarbeidet kan OAR be om informasjon og rapporter fra alle offentlige etater i Spania. I tillegg bruker de rapporter fra UNHCR og andre organisasjoner som driver flyktningshjelp. Lovbestemt frist for saksforberedelsen hos OAR er seks måneder, og dersom denne overskrides uten at det fattes løsningsforslag skal søknaden ansees avslått. Dette er et spesielt punkt i den spanske asylprosedyren. For å tvinge forvaltningen til aktivitet kan utlendingen gå til rettslige skritt. Se om denne muligheten i punkt 6.3.5 under kapittelet om domstolsprøving.

Dersom prosessen stopper opp av grunner som kan tillegges søkeren, avbrytes søknadsprosessen og den må reaktiveres. Spania har regler om at det må søkes asyl innen en måned etter ankomst til landet, dersom søkeren ikke har annet legalt oppholdsgrunnlag, jf. art. 7.1 i forskriften til LAR. Dersom det ikke gjøres vil søknaden bli nektet realitetsbehandling etter reglene i forskriftens kapittel II artiklene 17-21. En søknad som stoppes hos OAR og ikke reaktiveres før fristen er løpt ut kan dermed få alvorlige konsekvenser for asylsøkeren.

I flertallet av sakene utarbeider OAR et løsningsforslag. Dette sendes til Comisión Interministerial de Asilo y Refugiado, heretter forkortet CIAR. Organet arbeider i regi av Innenriksministeriet og består av én representant fra hvert av følgende departement; Utenriks-, Justis-, Innenriks- og Sosialdepartementet.

Her vurderes det om saken er godt nok utredet, og hvis det er tilfelle sendes det begrunnede og individualiserte løsningsforslaget til Innenriksministeriet. Dersom CIAR finner at saken ikke er tilfredsstillende utredet, sender de den tilbake til ny saksforberedelse hos OAR som prøver å utbedre bemerkningene. Vi ser at verken OAR

eller CIAR har kompetanse til å avgjøre saken. Deres myndighet gjelder kun forberedende saksbehandling.

Vedtakskompetansen er regulert i forskriftens art. 27. I første omgang ligger den hos Innenriksministeriet, men kun dersom dets avgjørelse ikke avviker fra CIARs løsningsforslag. Innenriksministeriet kan da avgjøre saken som foreslått av foregående instans. I motsatt fall, dersom Innenriksministeriet ikke deler CIARs syn, går saken videre til Ministerrådet som treffer vedtak.

4.2.1 Sammenlikningen

Den mest iøynefallende forskjellen mellom norsk og spansk vedtaksprosedyre er antall instanser som er involvert i hver enkelt sak før beslutning treffes. I Norge er kun to instanser involvert; politiet ved registreringen og UDI som utreder og treffer vedtak. I Spania derimot er det minst 3 organer som arbeider med saken før vedtak treffes; OAR, CIAR og Innenriksministeriet. I de tilfeller CIAR og Innenriksministeriet ikke kommer til samme konklusjon er enda et organ involvert, nemlig Ministerrådet. Dette har den positive virkning at feil/uklarheter i faktum eller vurdering lettere kan unngås fordi de oppdages underveis. Det er klart at jo flere øyne som ser jo lettere oppdages feil og uklarheter.

På den annen side kan saksbehandlingen bli langdryg når saken skal innom opp til fire organer. Den spanske asylsøknadsprosedyren har blitt kritisert for nettopp dette. Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), som er en frivillig organisasjon som arbeider med flyktningehjelp, kritiserte den lange saksbehandlingstiden i alle typer utlendingssaker.¹⁵ Organisasjonen mente at nettopp tidsfaktoren utgjorde et rettsikkerhetsproblem for flyktninger i Spania. Selv om lovgiverne har hatt som uttalt mål å redusere saksbehandlingstiden bl.a. ved utarbeidelsen av den nye asylloven fra 1994, har dette hatt liten effekt ifølge CEAR.

¹⁵ Se www.cear.es under linken "CEAR informa".

Et annet poeng angående saksbehandlingstiden i den spanske prosedyre er at det ofte stilles frister for de forskjellige organene. Dette er selvsagt for å få ned saksbehandlingstiden som jo også er en side av rettsikkerheten. Den positive effekten uteblir likevel når vi vet at en søknad som blir liggende hos OAR i mer enn seks måneder anses for avslått, og den regelen gjelder uten hensyn til om søkeren selv kan belastes for dette. Med denne bestemmelsen frarøves asylsøkeren retten til å få individuelt og begrunnet svar på søknaden, og regelen har da også blitt kritisert¹⁶.

Et svært positivt trekk ved den spanske metoden, er at CIAR vurderer om søknaden faktisk er godt nok utredet og systemet gir ikke adgang til å treffe vedtak før CIAR gir klarsignal her. Dette medfører ekstra tidsbruk, men å få saken så godt opplyst som mulig er viktig for å kunne treffe riktig vedtak. I den norske ordningen er det UDI som både utreder og treffer vedtak. Dette kan medføre en fare for at feil/uklarheter ikke så lett oppdages.

Begge land gjør bruk av internasjonale organisasjoner i utredingsarbeidet. UNHCR hevdes¹⁷ å ha en svært viktig rolle under intervjuet i Spania uten at dette er lovregulert. Tilsvarende er så vidt jeg vet ikke aktuelt i Norge. Det er for tidlig å si noe om betydningen av den rolle NOAS er tiltenkt fra årsskiftet 2005.

4.3 Resultatet av vedtak hvor saken er undergitt realitetsbehandling

4.3.1 Norge

UDI har følgende alternativer:

1. Innvilge asyl av utl § 17 jf. § 16.

Kommentar: Dette innebærer at vedkommende er vurdert til å fylle vilkårene for å anses som flyktning som definert i Flyktningkonvensjonen art. 1A.

¹⁶ Arribas 2000, s. 295.

¹⁷ Arribas 2000, s. 296.

2. Søknaden om asyl avslås, men norske myndigheter anerkjenner at vedkommende trenger beskyttelse etter utl § 15 første ledd, og innvilger oppholdstillatelse etter utl § 8 andre ledd.

Kommentar: Både vedtak nr. 1 og 2 er beskyttelsesvedtak som er nødvendige for at Norge skal oppfylle konvensjonsforpliktelsene etter art. 33. Begge vedtak er lovbundne vedtak, ikke vedtak som er opp til forvaltningens frie skjønn (kan-vedtak). Dette følger av uttrykket ”må ikke” i utl § 15 første ledd og av uttrykket ”har etter søknad rett til asyl” i § 17 første ledd.

3. Oppholdstillatelse etter utl § 8 andre ledd fordi UDI anser at det foreligger ”sterke menneskelige hensyn” og/eller ”særlig tilknytning til riket”.

Kommentar: Dette er en vurdering som skal foretas ex officio jf. utl § 15 andre ledd. Et eventuelt positivt vedtak er fullt ut opp til forvaltningens frie skjønn, se Rt. 1997 s. 1784 særlig side 1795 og Rt. 2003 s. 1287 avsnitt 24 – 26¹⁸.

En særlig variant av de humanitære sakene er femtenmåneders-regelen i uf § 21 tredje ledd. Dersom ikke noen av unntakene i fjerde ledd kommer til anvendelse vil altså en saksbehandlingstid hos UDI på over 15 måneder være nok til at en særlig tilknytning til riket er oppfylt. I det offentlige rom omtales vedtakene nevnt i punkt. 3 som ”opphold på humanitært grunnlag”.

4. UDI avslår søknaden fullstendig.

Kommentar: Et rent vedtak som verken innvilger oppholdstillatelse som nevnt i punkt 1, 2 eller 3 foran, innebærer, dersom det blir endelig, at utlendingen plikter å forlate landet. Et slikt vedtak inneholder verken bortvisning eller utvisning.

¹⁸ Se mer om disse dommene i punkt 6.2.2.

4.3.2 Spania

Innenriksministeriet eller Ministerkomiteen, avhengig av hvem som har avgjørelsesmyndighet etter reglene beskrevet i oppgavens punkt 4.2, har følgende alternativer:

1. Innvilge asyl etter LAR art 3.1.

Kommentar: Dette innebærer at vedkommende er vurdert til å fylle vilkårene for å anses som flyktning som definert i Flyktningkonvensjonen art. 1A.

2. Søknaden om asyl avslås, men utendingen gis opphold etter LAR art 17.2 som bestemmer at det kan gi opphold av *humanitære grunner* eller i det *offentliges interesse*, – og spesielt hvis utlendingen befinner seg i en flyktningeliknende situasjon. Selve oppholdshjemmelen finnes i Ley de Extranjería art. 31.4.

Kommentar: Dette innebærer at vedkommende er vurdert til å falle utenfor flyktningdefinisjonen, men likevel ha behov for beskyttelse. Vedtak etter art 17.2 er etter ordlyden kan-vedtak. Art. 17.2 -vedtakene kan i noen tilfeller fange opp situasjoner hvor vedkommende har behov for beskyttelse, og da blir disse vedtakene nødvendige for å overholde den folkerettslige forpliktelsen. Vedtak som nevnt i punkt 1. over er alltid nødvendige for at Spania skal oppfylle sin forpliktelse etter Flyktningkonvensjonen art. 33, mens vedtak som nevnt i punkt 2 i noen tilfeller vil være det. Art. 17.3 presiserer at konvensjonens art. 33 må overholdes. Forvaltningen har plikt til å vurdere om LAR art 17.2 kommer til anvendelse. Det følger av artiklene 22.1, 23.1 og 31.3 i LAR.

3. Avslå av søknaden, men innvilge opphold etter Ley de Extranjería artiklene 30-35.

Kommentar: Det vil her ikke foreligge noen folkerettslig forpliktelse til å gi beskyttelse. Artiklene refererer seg til forskjellige situasjoner, men bl.a. midlertidig oppholds- og arbeidstillatelse kan gis med disse hjemlene.

4. Avslå søknaden totalt.

Kommentar. Et rent vedtak som verken innvilger oppholdstillatelse som nevnt i punkt 1, 2 eller 3 foran, innebærer, dersom det blir endelig, at utlendingen plikter å forlate landet etter bestemmelsen i Ley de Extranjería art. 28.3 c).

4.4 Sammenlikning av oppholdsgrunnlagene

I begge land kan flyktninger oppnå beskyttelsesformen asyl. Retten til asyl følger ikke av flyktningkonvensjonen, men landenes nasjonale regelverk som knytter flyktningdefinisjonen og retten til asyl sammen.

I tillegg finnes det i både Norge og Spania andre former for beskyttelsesvedtak. Det finnes ikke en tilsvarende fellesbetegnelse på disse, men når de nasjonale lovverk sammenlikes på dette punkt er det viktig å skille mellom tilfeller hvor beskyttelsen innvilges for å overholde FN-konvensjonen og tilfeller hvor statene velger å innvilge opphold uten at det forligger en folkerettslig forpliktelse.

Systemet av innvilgelser i den norske utlendingsloven er komplisert, og det nettopp nevnte skillet er ikke tydelig. I NOU 2004: 20 punkt 6.9.1 er det uttrykt ønske om å klargjøre dette. Grensedragningen er noe klarere i den spanske loven hvor det skilles mellom art. 17.2-vedtak der søkeren er i en flyktningliknende situasjon og vedtak etter Ley de extranjería hvor det er klart at beskyttelsesbehov ikke foreligger. Staten er imidlertid ikke alltid folkerettslig forpliktet til å gi beskyttelse i de tilfeller opphold innvilges i medhold av LAR art 17.2.

Eksistensen av andre former for beskyttelse enn asyl gir landene en sikkerhetsmargin slik at de unngår å bryte sine folkerettslige forpliktelser i tilfeller der søkeren har krav på beskyttelse etter konvensjonen, men er blitt bedømt til å falle utenfor flyktningdefinisjonen. Etter både norsk og spansk lov vil vedkommende i slike tilfeller ikke få asyl, men kan oppnå annen beskyttelse.

Et avslag på asylsøknad medfører i begge land at søkeren er pliktig til å forlate landet dersom vedkommende ikke kan vise til andre oppholdsgrunnlag.

5 Administrativ overprøving

5.1 Klagebehandling i Norge – innledning

Toinstans behandling er en viktig rettsikkerhetsgaranti både fordi det innebærer at feil kan lukes bort i klageomgangen, og fordi førstinstansen, med viten om denne kontrollen, formentlig vil bestrebe seg på å komme til en riktig avgjørelse. I denne runden ytes det fritt rettsråd uten behovsprøving jf. utl § 42 tredje ledd. Hjelpen gis etter en stykkprisordning på 5 timer.

5.1.1 Klagebehandling hos UDI

Negative vedtak truffet av UDI som førstinstans kan påklages til UNE. Dette følger av utl § 38 tredje ledd jf. uf § 57 første ledd. Fristen for å klage er 3 uker som i den alminnelige forvaltningsrett, jf. fvl § 29.

En klage skal alltid sendes til det organ som har truffet vedtaket, jf. fvl § 32 og uf § 57 andre ledd. Det følger av alminnelig forvaltningsrett at UDI kan omgjøre sitt eget vedtak dersom de finner klagen begrunnet. Dersom UDI ikke finner grunnlag for få omgjøre sitt eget vedtak, sendes klagen til UNE for videre klagebehandling. Dersom UDI tar klagen *delvis* til følge ved å innvilge opphold etter utl § 8 andre ledd forespør man om klagen opprettholdes. Gjøres det må klagen oversendes UNE for så vidt gjelder asyldelen.

5.1.2 UDIs behandling av spørsmålet om utsatt iverksettelse

Med en klage følger det normalt også en begjæring om utsatt iverksettelse av det negative asylvedtaket. Så sant ikke saken ses på som en åpenbart urimelig asylsøknad gis det utsatt iverksettelse. Med hensyn til de såkalte åpenbart urimelige asylsøknader henviser jeg til punkt 3.3.1.2.

5.1.3 Klagebehandling i UNE

Utlendingsnemnda, UNE, ble ved lov¹⁹ opprettet 1. januar 2001 med ønske om å få et uavhengig klageorgan i saker etter utlendingsloven. Bakgrunnen for dette ønsket var å redusere enkeltsaksbehandlingen i Justisdepartementet som den gang behandlet klagesakene. På denne måten kunne departementet fritas for faglige spesialfunksjoner, og det ble et klarere skille mellom politisk ledelse og den faglige utøvelsen i departementet. Man håpet også å øke den alminnelige tillit til klageorganet i asylsaker. En nemnd som er et domstolsliknende organ ble derfor funnet best skikket. Ot.prp nr. 17 (1998-99) punkt 2 behandler bakgrunnen for opprettelsen av UNE mer utfyllende.

Selve kompetansen til å prøve alle sider av saken følger av fvl § 34 andre ledd, men de nærmere reglene om UNEs kompetanse og arbeidsformer finner vi i utl §§ 38, 38a, 38b og § 41 åttende og niende ledd.

At UNE er et uavhengig klageorgan sies uttrykkelig i § 38a første ledd. Uavhengigheten fremkommer også i § 38 første ledd, hvor det gis uttrykk for at departementet som hovedregel ikke kan instruere nemnda om lovtolkning og skjønnsutøvelse, kun prioritering av saker. Det viser seg imidlertid at det er behov for en større politisk styring av UNE. I St.meld. nr. 21 (2003-2004) særlig punkt 4 er det derfor foreslått flere endringer som har blitt fulgt opp i Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) Om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (styringsforhold på utlendingsfeltet).

UNE kan velge mellom flere behandlingsformer for klagesaker, og avgjørelsesmyndigheten ligger i forskjellige hender avhengig av den valgte behandlingsform. Det er opp til nemnda selv å bestemme behandlingsform, og begrunnelsen for det er at vi står ovenfor forvaltningsavgjørelser som normalt avgjøres på grunnlag av skriftlighet. Forvaltningslovens kapittel IV – VI om saksforberedelse, vedtak og klage gjelder ikke for beslutning om behandlingsform, og om det skal være personlig fremmøte. Dette følger av utl § 38b femte ledd.

¹⁹ Lov 30. april 1999 nr. 22.

Behandlingsformene er følgende:

1. Full nemndsbehandling (en nemndsleder og to medlemmer) med personlig fremmøte.
2. Nemndsbehandling (en nemndsleder og to medlemmer) uten personlig fremmøte.
3. Nemndleder alene.
4. Sekretariatsbehandling.

5.1.3.1 Full nemndsbehandling

I nemndsbehandling, som nevnt i punkt 1 og 2 i forrige avsnitt, deltar en nemndsleder og to nemndsmedlemmer. Se de nærmere regler i § 38b første ledd, jf. forskriftens § 139 første ledd. Sakene avgjøres ved flertallsvedtak.

Lovregelen i § 38b fjerde ledd bestemmer at en asylsøker som hovedregel skal gis adgang til å møte personlig i nemnda sammen med advokat eller annen bistand når nemnda avgjør asylsak. I praksis følges ikke denne hovedregelen.

5.1.3.2 Saker som kan avgjøres av nemndleder alene

Saker som ”ikke byr på vesentlige tvilsspørsmål” kan avgjøres av nemndleder alene, jf. utl § 38b andre ledd første punktum. Lovteksten gir en viss veiledning på hva som ligger i uttrykket ”vesentlige tvilsspørsmål”, men ellers utfylles uttrykket av en ikke uttømmende opplytning i forskriftens § 140 andre og tredje ledd, samt interne retningslinjer gitt av nemnda selv.

Grunnen til denne kompetansetildelingen til nemndleder alene ligger i hensynet til UNEs effektivitet. Man har ønsket å få unna de enklere sakene raskt, for å frigjøre arbeidskapasitet til vanskeligere saker. Effektiv saksbehandling utgjør en del av rettsikkerheten, men er lite verdt uten rimelig strenge garantier for riktig resultat. Konsekvensene et galt avslag kan føre med seg, gjør at hensynet rettmessige avgjørelser

må veie tungt i asylsaker. Jeg tør nok påstå at kompetansen som er tildelt nemndsleder etter svært skjønnsmessige kriterier svekker den rettsikkerhetsgaranti som klagebehandlingen skal utgjøre. Nemndsleder kan ta feil i sin vurdering av om saken byr på vesenlige tvilsspørsmål og senere i selve realitetsbehandlingen av klagen, og saken avgjøres da uten mulighet for korrigerende/supplerende synspunkter fra de sivile nemndsmedlemmene.

5.1.3.3 Behandling av sekretariatet etter kompetansedelegering

I saker som ikke byr på ”vesentlige tvilsspørsmål” kan nemnda delegerer vedtaksmyndighet til sekretariatet, jf. utl 38b andre ledd andre punktum og uf 140 første ledd andre punktum. Dette er gjort gjennom en intern instruks som bygger på lovens forarbeider og regelen i forskriftens § 140. Meningen er at sekretariatet bare skal avgjøre helt kurante saker, f.eks. der UDI ikke har gitt oppsettende virkning på bortvisningsvedtaket. Normalt sett vil det da dreie seg om en klagesak som resulterer i klart avslag og hvor det negative vedtaket allerede er iverksatt.

5.1.4 Resultat av UNES behandling

UNE har de samme avgjørelsesmuligheter som beskrevet i punkt 4.3.1 om UDIs behandling av klagesaken før oversendelse til UNE.

5.1.5 Ekstraordinær administrativ behandling – omgjøringsbegjæring av endelig vedtak.

En asylsøker som har fått avslag fra UNE har fått et endelig vedtak som kan iverksettes. Likevel har søkeren adgang til å begjære omgjøring av UNEs vedtak. Forvaltningen har ingen plikt til å behandle disse, men god forvaltningsskikk tilsier at omgjøringsbegjæringer behandles.²⁰ Hensynene som ligger bak omgjøringsadgangen er muligheten til å rette opp feil og ta i betraktning endrede forhold. På asylrettens område

²⁰ Eckhoff, 2003 s. 169.

veier disse hensynene tungt ettersom det dreier seg om inngripende vedtak, hvor feil kan ha alvorlige konsekvenser.

Det har vært en langvarig praksis i utlendingslovssaker at det etter det er fattet endelig avgjørelse i saken i klageinstansen, kommer inn omgjøringsbegjæringer. Det ytes ikke fri rettshjelp til dette ekstraordinære behandlingstrinnet. Det er lite lovstoff om dette trinnet, men i Utlendingsloven § 38b annet ledd fremgår det at nemndleder alene kan avgjøre anmodning om omgjøring av vedtak truffet av Utlendingsnemnda på det vilkår at det ”ikke er grunn til å anta at nemnda vil endre vedtaket.” Her har Utlendingsnemndas leder en betydelig makttrolle, fordi det heter i samme bestemmelse at på samme vilkår kan en leder under behandlingen av slik anmodning beslutte at det ikke skal tas hensyn til opplysninger, dokumenter eller andre bevismidler som kunne ha vært gitt eller fremlagt under den tidligere behandlingen av saken. Her åpnes det for at nemndleders subjektive oppfatninger kan få en ganske sentral betydning.

5.2 Klagebehandling i Spania – innledning.

I Spania finnes ikke et eget klageorgan, selv om det finnes en klageomgang. Asylsaken kan på visse vilkår undergis en ny behandling av de samme organene som foretok førsteinstansbehandlingen. I denne andre omgangen gjelder et prinsipp om fortrinn i køen for klagesakene. Før selve klagebehandlingen beskrives, skal det redegjøres for mulighetene for utsatt iverksettelse.

5.2.1 Utsatt iverksettelse

De spanske reglene om iverksetting av negative asylvedtak under klagebehandling ble endret da det viste seg at Tribunal Supremo hadde en mer sjenerøs praksis vedrørende utsatt iverksettelse enn forvaltningen. Hovedregelen etter den alminnelige forvaltningslov er at en klage ikke suspenderer vedtakets iverksettelse. Se art. 111.1 i Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento jurídico administrativo común (LRJ-PAC).

Regelverket åpner for å gi utsatt iverksettelse dersom iverksettelsen kan føre til skader som er umulige eller vanskelige å reparere, jf. art. 111.2 b). For å avgjøre om

unntaksbestemmelsen skal anvendes må det foretas en interesseavveining mellom det offentlige interesse av å iverksette vedtaket umiddelbart, og skaden som kan påføres asylsøkerens i slike tilfeller. I asylsaker er ”skaden” det å bli sendt urettmessig ut av landet og eventuelle påfølgende konsekvenser (forfølgelse, fengsling, eventuelt døden). I tillegg bør vanskelighetene med å ivareta sine interesser under klagebehandlingen tas i betraktning. I en dom fra 19. september 1995²¹ resonnerer Spanias øverste domstol over denne sistnevnte problemstillingen. Retten uttalte at koordineringen av prinsippet om reell rett til domstolsbehandling og prinsippet om effektivitet i forvaltningen støtter opp om ulike hensyn; førstnevnte prinsippets formål er å forhindre at det fremkalles skader som er vanskelige eller umulig å gjenopprette ved å nekte utsatt iverksettelse, mens det sistnevnte beskytter den offentlige interesse i at forvaltningsvedtak iverksettes så snart som mulig. Retten kom til at avveiningen av disse kryssende hensyn må vurderes selvstendig i hver sak.

I flere avgjørelser har retten i tillegg trukket inn art. 24.1 i den spanske Konstitusjonen, og uttalt at unnlatelse av å gi utsatt iverksettelse ville medføre konstitusjonsbrudd. Artikkelen stadfester prinsippet om reell domstolsadgang eller sagt med andre ord effektiv domstolskontroll med forvaltningen, og er selvsagt en tungtveiende rettskildefaktor. Bestemmelsen bør gis samme vekt ved forvaltningsoverprøvingen fordi hensynet bak regelen er like relevant der som ved den senere eventuelle domstolsbehandling.

For å oppsummere; hver gang de offentlige interessene ikke ble skadelidende ved at utsatt iverksettelse ble innvilget, ble etter rettspraksis hensynet til asylsøkeren tillagt størst vekt. Hovedregelen er at asylvedtaket ikke iverksettes før klageomgangen er avsluttet, eller dersom saken bringes inn for rettsapparatet, til dom foreligger. Denne regelen er ikke klart uttalt, men utledes av LAR art. 21.2 og art. 40 i forskriften. Juridisk litteratur²² støtter opp om denne fortolkningen.

Art. 40 omhandler materielt sett en annen rettighet, nemlig retten til å få utstedt/fornytt dokumentasjon på sin status som asylsøker dersom klagen tas opp til ny behandling eller der domstolen har suspendert forvaltningsvedtaket mens domstolsprosessen pågår.

²¹ TS, Sala 3ª, Sección 6ª, recurso nº 755/1994, RJ 1995/6439.

5.2.2 Klagebehandling – førsteinstansprosessen repeteres.

LAR art. 9 bestemmer at asylsøkere som har fått avslag kan be Innenriksministeriet om ny vurdering dersom søkeren kan vise til nye elementer som underbygger hans/hennes påstander, eller omstendighetene som førte til avslaget i første omgang er endret. Art. 38 i forskriften til LAR presiserer hvor klagen skal sendes, nemlig til OAR. Dette organet vurderer så om vilkåret for ny behandling er oppfylt, og skal i alle tilfelle informere UNHCR om den innkomne klagen. Lovverket sier ingen ting om hva som bør skje dersom UNHCR og OAR har ulik mening om en klage bør realitetsbehandles eller ikke, men man må vel anta at OAR vil følge UNHCRs anbefaling på grunn av deres autoritet. Dersom ny behandling innvilges, følger saken den samme prosessen som ved første gangs behandling, se forskriften art. 38.2. Det betyr at saken på ny skal behandles av OAR, CIAR, Innenriksministeriet og eventuelt hos Ministerrådet.

Dersom klagen ikke undergis ny realitetsbehandling vil søknaden etter forslag fra OAR bli arkivert innen en måned, jf. art. 38.3. Presidenten i OAR er ansvarlig for arkiveringen og at søkeren informeres om dette. Også vedtaket om arkivering kan påklages, men da til sekretariatet til Estado de Interior²³, som er bindingsleddet mellom innenriksdepartementet og de underliggende fagavdelinger, i vårt tilfelle OAR. Klagen skal følge "el recurso ordinario", dvs. alminnelig prosedyre ved forvaltningsklager, og ikke den spesielle prosedyre for asylsaker som er foreskrevet i LAR. Reglene for overprøving etter den alminnelige forvaltningsprosedyre finner vi i LRJ-PAC artiklene 107-113, og formålet med prosessen er å prøve legaliteten av et forvaltningsvedtak. Klageorganet har kompetanse til å prøve alle sider av saken, og det innebærer at også andre deler av vedtaket enn de som er påklaget, kan vurderes på nytt jf. art. 113.3. Se (Ocaña II, 1999 s. 433) for flere detaljer om den alminnelige prosedyre for forvaltningsklager i Spania.

Fristen for å klage er en måned, jf. forskriften til LAR art. 38.3 i.f, og regnes fra den dato asylsøkeren fikk melding om arkiveringen se art. 48.2 i LRJ-PAC. Et negativt resultat fra sekretariatets behandling setter sluttstrek for administrativ overprøving.

²² Arribas, fotnote nr.140 s. 302.

²³ Organets funksjoner er beskrevet i Ocaña I, s. 364-365.

Manglende økonomiske midler skal ikke hindre en asylsøker i Spania å få overprøvd vedtaket. Som nevnt under punkt 3.3.2 har asylsøkere nemlig krav på fri rettshjelp under hele prosessen etter en behovsprøving som ikke kan sies å være streng.

5.2.3 Omgjøring av endelige vedtak, dvs. etter klagebehandlingen

I den alminnelige forvaltningslov åpnes det for omgjøring av endelige forvaltningsvedtak, og det inkluderer asylvedtak. Dette er en ekstraordinær omgjøringsadgang som kun er mulig på vilkår fastsatt i art. 118 i LRJ-PAC jf. art. 108. Vilårene forutsetter at det foreligger ny informasjon som er relevant for saken, og det følger av både av ordlyden i art. 108 og rettspraksis vedrørende bestemmelsene at de tolkes strengt. Se (Ocaña II, 1999 s. 451) for detaljer rundt rettspraksis.

Organet som traff vedtaket skal revurdere det, jf. art. 118.1. I asylsaker innebærer det at omgjøringskompetanse ligger hos Innenriksministeriet eller Ministerrådet, avhengig av hvem som traff avgjørelsen. Dersom det åpnes for omgjøring har Innenriksministeriet/Ministerrådet stor avgjørelsesmyndighet med tanke på at omgjøringen ikke innebærer en kontroll med underliggende instansers vedtak, men en ny situasjon med nye fakta.

Fristen for omgjøring står i art. 118.2. Den er fire år fra kunngjøringen av vedtaket dersom begrunnelsen for omgjøringen er feil i faktagrnnlaget for avgjørelsen. Tidsfristen er meget kortere, tre måneder, dersom omgjøringen støtter seg på et av vilårene i art. 118.1 punktene 2-4. Disse innebærer at asylvedtaket er feil fordi det har fremkommet nye fakta av essensiell karakter, dokumenter har i etterhånd blitt erklært falske av domstolene eller det viser seg at det er brukt tvang, bestikkelser el. ved utferdigelsen av vedtaket. I disse tilfellene er fristens utgangspunkt relativ, den gjelder fra da parten ble kjent med de nye fakta, tvangsbruken eller fra da dommen ble rettskraftig.

5.3 Sammenlikning av adgangen til administrativ overprøving

Både i den norske og i den spanske saksbehandlingsprosedyren åpnes det for en klageomgang. I Spania, som i Norge er det kun asylsøkeren som har klagerett, ikke

Staten. Det medfører at kun negative asylvedtak kommer under klagebehandling. I Norge er det opp til vurdering om man skal gi Staten klagerett for å kunne endre UDIs praksis, se St.meld. nr. 21 2003-2004 punkt 4.2.3.5. Det diskuteres om et eventuelt endret vedtak skal kunne ha effekt for den søker hvis asylstatus ble påklaget, eller kun for etterfølgende saker. Departementet mener dette vil kunne medføre en ytterligere kvalitetssikring av utlendingsforvaltningens arbeide. Men, det bør noteres at klageadgangen som opprinnelig var en rettsikkerhetsgaranti til gunst for søkeren nå kan bli endret til et styringsinstrument for Staten, og antakelig i søkerens disfavør.

Klagesakene starter hos første behandlingsorgan, nemlig UDI og OAR. Mens UDI kan omgjøre sitt vedtak som følge av klagen, har ikke OAR denne mulighet fordi de ikke har vedtakskompetanse. Men OAR kan endre standpunkt i sitt løsningsforslag, og dette kan ha betydning senere i prosessen.

Den videre prosess er vesensforskjellig i de to land. I Norge har myndighetene valgt å opprette en egen uavhengig utlendingsnemnd for behandling av klagesakene (UNE). Det ble gjort av to hovedhensyn; øke utlendingenes rettsikkerhet og øke effektiviteten i saksbehandlingen²⁴. I praksis har det oppstått en del problemer med å harmonisere praksisen i UDI og i de ulike nemder innen UNE. For å bøte på dette er det foreslått flere tiltak i St.meld. 2003-04. Et av tiltakene er nevnt ovenfor, nemlig å gi Staten klagerett på UDIs vedtak, et annet går ut på å opprette en Stornemnd som skal treffe avgjørelser som skal være retningsgivende for UDIs og UNEs virksomhet.

I Spania er organene de samme i klageomgangen som i førsteinstansbehandlingen. Man kan da spørre seg om dette medfører virkelig overprøving, eller om det bare strøs sand på førsteorganets vedtak i klageomgangen? Mistroen til rettsikkerheten i klageomgangen reduseres med tanke på at det er minst fire organer involvert i vedtaksprosessen.

UNHCR gis i Spania alltid adgang til å uttale seg om saken bør realitetsbehandles og også om den bør innvilges. Jeg har ikke kunnet bringe klarhet i hvilken reell innflytelse UNHCR har i Spania. I Norge blir ikke UNHCR automatisk trukket inn i prosedyren.

²⁴ Ot.prp. nr. 17 (1998-99) punkt 2.1.

Det er opp til norske myndigheter eller asylsøkeren å forespørre UNHCR i konkrete saker.

Ankepunktet i den spanske prosessen er effektivitetshensynet. Klagesakene gis riktignok fortrinn i køen, jf. LAR art. 21.1 i.f, men det kan nok likevel synes noe unødvendig at en klage må gå igjennom den samme rigide prosessen en gang til. På den annen side repeteres også alle rettsikkerhetsgarantier fra førsteinstansbehandlingen. I Norge har man forsøkt å løse problemet med lang tidsbruk ved å gi nemnda mulighet til å velge behandlingsmåte tilpasset den kategori man har vurdert at saken tilhører. Denne sorteringen (eksempelvis i ”åpenbart grunnløse saker”) innebærer i seg selv en mulighet for vurderingsfeil, noe som svekker rettsikkerheten. Også nemndleders skjønsmessige omgjøringsadgang som nevnt i punkt 5.1.5 står i sterk kontrast til rettsikkerhetshensynet som man ønsket å forbedre med klagebehandling hos en nemnd. Stor saksmengde og lang saksbehandlingstid synes å være et felles problem for både Norge, Spania og andre land. En enkel løsning som ikke svekker rettsikkerheten er nok vanskelig å finne.

Når det gjelder de faktiske mulighetene for å klage på asylvedtak er det to omstendigheter som bør nevnes. For det første mulighetene for fritt rettråd som er godt ivaretatt i klageomgangen i både i Spania og i Norge. For det andre at effektivisering av vedtak før klagen er ferdigbehandlet kan være et hinder for reell overprøving. Den spanske praksisen på utsatt iverksettelse ser ut til å være mindre streng enn den norske, se punktene 5.1.2 jf. 5.2.1. Det synes derfor som om asylsøkerens rettsikkerhet er bedre ivaretatt i Spania enn i Norge på dette punktet.

Omgjøring ex officio eller etter begjæring fra søkeren er det adgang til i begge land. Det er imidlertid en sikkerhetsventil som ikke bør regnes med ved måling av den generelle rettsikkerheten i de to prosesser.

Det viktigste for asylsøkerens rettsikkerhet er at det finnes en reell klageinstans. Prosedyren er noe forskjellig i Norge og Spania, men det er ikke noe ved ulikhetene som tilsier at den ene prosedyren er bedre enn den andre.

5.4 Kontroll med fagforvaltningen

5.4.1 Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen er ikke et ordinært klageorgan, men kan vurdere forvaltningssaker for å ”...søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at menneskerettighetene respekteres.”, jf. Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen § 3.

Ombudsmannen kan ta opp saker av eget tiltak eller etter klage. En sak vil imidlertid sjelden bli tatt opp før de ordinære klagemuligheter er uttømt. Asylsøkere som har fått avslag etter behandling hos UNE kan følgelig få sin sak vurdert enda en gang dersom Sivilombudsmannen mener det foreligger ”tilstrekkelig grunn” til det, jf. lovens § 6 siste ledd. Fristen for å klage er ett år, og i asylsaker vil denne fristen som hovedregel regnes fra UNEs vedtak i saken.

Det kan være flere årsaker til at en sak tas opp til vurdering, både vedtakets innhold og saksbehandlingen herunder saksbehandlingstiden er relevante grunner. Ombudsmannen har rett til å ”uttale sin mening” om sakene, jf. § 10 første ledd, Det innebærer at han ikke kan pålegge forvaltningsorganet, hvis avgjørelse er oppe til vurdering, å omgjøre sitt vedtak. Men, forvaltningen retter seg regelmessig etter hans syn. En annen konsekvens av klage til Sivilombudsmannen kan være at iverksettelsen av vedtaket besluttet utsatt, jf. fvl § 42 første ledd tredje punktum.

5.4.2 El Defensor del Pueblo

Ideen om en Sivilombudsmann er av nordisk opprinnelse, men dette organet har blitt adoptert av mange europeiske land bl.a. Spania. Der kalles organet ”el Defensor del Pueblo” som betyr folkets forsvarer.

Hjemmel for opprettelse av organet finner vi i Konstitusjonen art. 54, mens kompetansen er tildelt gjennom Ley Orgánica 3 /1981 de 6 de abril del Defensor del Pueblo, endret ved Ley Orgánica 2/1992 de 5 de marzo. Lovens art. 1 bestemmer at el Defensor del Pueblo er domstolenes høykommissær og skal bidra til å beskytte

rettighetene i Konstitusjonens del 1 om ”grunnleggende rettigheter og plikter” ved å overvåke forvaltningens handlemåte.

El Defensor del Pueblo kan starte vurderingen av en sak på eget initiativ eller på bakgrunn av en klage, jf. art. 9. Organet har kompetanse til å vurdere alle forvaltningsvedtak, men i asylsaker vil det være mest aktuelt å påklage et vedtak fra CIAR om å ikke realitetsbehandle søknaden eller et negativt asylvedtak fra Innenriksministeriet/Ministerrådet. Fristen for å klage er et år etter at vedtaket ble kjent jf. art. 15.

Organet har ikke kompetanse til å endre asylvedtaket, men har en vid uttalelsesrett i forhold til forvaltningen, se artiklene 28 og 29. Det kan foreslå endringer i vurderingskriterier eller lovverk som ligger til grunn for vedtak, og ellers komme med anbefalinger og påminnelser. Det aktuelle forvaltningsorganet er pliktig til å svare skriftlig på en uttalelse fra el Defensor del Pueblo innen én måned. En unnlattelse her vil føre til at el Defensor del Pueblo rapporterer til ministeren for det ansvarlige departement.

I enkelte tilfeller er el Defensor del Pueblo legitimert til å reise sak for domstolene, nemlig i tilfeller hvor det er tvil om brudd på grunnleggende rettigheter eller på Konstitusjonen, se lovens art. 29.

5.4.3 Sammenlikning av institusjonene for kontroll med fagforvaltningen

El Defensor del Pueblo er inspirert av vår sivilombudsmannsordning. Det tilsier at organene er likeartet.

Strukturmessig sett ser vi at dette organet i Spania er knyttet til domstolene, og ikke til nasjonalforsamlingen slik som i Norge. Det er mulig organet av den grunn opptrer mer lojalt i forhold til rettspraksis fra domstolene og medfører at en rask endring av retts- og forvaltningspraksis på grunnlag av uttalelser fra el Defensor del Pueblo vil være

vanskelig. Organets faktiske uavhengighet har jeg imidlertid ikke grunnlag for å uttale meg sikkert om.

Verken Sivilombudsmannen/el Defensor del Pueblo har myndighet til å omgjøre vedtak, men normalt retter forvaltningen seg etter deres uttalelser. En asylsøker kan derfor få omgjort et vedtak som følge av organets uttalelse. Vi har sett at Sivilombudsmannens behandling av asylsaker kan føre til at bortvisningsvedtaket gis utsatt iverksettelse. Ettersom det etter spansk forvaltningspraksis oftere gis utsatt iverksettelse, vil denne effekten av ombudsmannens behandling ha mindre betydning der.

Til slutt er det viktig å påpeke at i begge land er klage til hhv. Sivilombudsmannen eller el Defensor del Pueblo, ikke den alminnelige vei å gå for å få overprøvd et asylvedtak. Ordningene skal fungere som en ekstra sikkerhetsgaranti for overgrep fra forvaltningen side mot enkeltmennesker.

6 Domstolskontroll med forvaltningen

6.1 Innledning

Domstolskontroll med forvaltningen regnes i de fleste av Vestens land for en av de viktigste garantier mot overgrep fra Statens side overfor borgerne. Per definisjon er en asylsøker ikke borger verken i Norge eller i Spania, likevel er det ikke tvilsomt at negative vedtak fra utlendingsforvaltningen kan bringes inn for domstolene for legalitetskontroll.

For Norges vedkommende fremgår denne rettighet av det generelle prinsipp i ul § 3 som sier at: "...under sitt lovlige opphold i riket [har utlendingen] samme rettigheter og plikter som norske statsborgere." I Spania følger utlendingenes adgang til å bringe forvaltingsvedtak inn for domstolen av Konstitusjonen art. 13.1, jf. art. 24.1. Denne tilkjenner utlendinger de samme friheter som spanske statsborgere når det gjelder "friheter" som nevnt i Konstitusjonen del 1. Retten til domstolsprøving i art. 24 er blant disse friheter. Den generelle utlendingslovgivning, Ley de Extranjería, art. 3 gjentar Konstitusjonens art. 13.1 og lovens art. 20 foreskriver adgang for utlendinger til å bringe vedtak inn for domstolene.

6.2 Norge

Utlendingsforvaltningens avgjørelser kan bringes inn for domstolen. Dette fremgår bl.a. forutsetningsvis av utl § 38a sjette ledd hvor det fremgår når det gjelder vedtak fattet av UDI opptrer staten v/UDI som motpart, mens Staten v/UNE opptrer som motpart der det gjelder et vedtak fattet i klageomgangen.

Alle vedtak kan i prinsippet bringes inn for domstolen, men det mest aktuelle er tvist om utsatt iverksettelse (UDI-vedtak), og endelige vedtak fra UNE.

Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr (rettsgebyrl) unntar ikke saker etter utlendingsloven fra rettsgebyr. Rettsgebyret (R) ligger i 2005 på 845 kr, og en sak for Tingretten krever 5R dvs. 4225 kr, mens en sak i Lagmannsretten koster 24R dvs.

20.280 kr jf. rettsgebyrl § 8. Dersom man får innvilget fri sakførsel etter Lov om fri rettshjelp 13. juni 1980 nr. 35 (rhjl), innebærer det også fritak fra rettsgebyr, jf. rhjl § 24 første ledd andre punktum. Søknader om fri sakførsel avslås gjennomgående under henvisning til at det er gitt fritt rettsråd under den forvaltningsmessige behandling av saken.

6.2.1 Vedtak fattet av UDI

Det normale er at et negativt vedtak av UDI blir påklaget, og at eventuell domstolsbehandling utsettes til det eventuelt foreligger vedtak fattet av UNE.

Det kan imidlertid bli aktuelt å bruke rettslige skritt dersom UDI ikke gir utsatt iverksettelse av sitt eget vedtak i forbindelse med klagebehandlingen av saken. Da kan det begjæres midlertidig forføyning i medhold av Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring (tvangsl) kapittel 15.

I asylsaker vil denne forføyningen gå ut på at staten forbys å uttransportere søkeren. To vilkår må oppfylles for at domstolen kan pålegge midlertidig forføyning; det må sannsynliggjøres et hovedkrav, og det må sannsynliggjøres en sikringsgrunn. Vilkårene står i tvangsl §§ 15-1, 15-2 og 15-6. Hovedkravet vil alltid gå ut på at asylvedtaket er ugyldig, og sikringsgrunnen vil som regel være begrunnet med at det er nødvendig for å avverge vesentlig skade eller ulempe, jf. § 15-2 b første alternativ.

6.2.2 Vedtak fattet av UNE

6.2.2.1 Beskyttelsessaker

I en asylsak pretenderer utlendingen at det foreligger et beskyttelsesbehov. Således har vedkommende primært rett til asyl, subsidiært krav på beskyttelse etter utl § 15 første ledd. I slike tilfeller kan retten prøve at riktig fakta ligger til grunn for vedtaket, at saksbehandlingsreglene er fulgt og selve lovtolkningen. Vedtaket kan da kjennes ugyldig dersom det foreligger feil på de tre nevnte områder. For saksbehandlingsreglenes vedkommende følger det forutsetningsvis at feilen må ha

virket inn på vedtaket, se fvl § 41. Prinsippet § 41 uttrykker har gyldighet også for innholdsfeil.

6.2.2.2 Opphold på humanitært grunnlag.

Der det ikke foreligger noe beskyttelsesbehov, men det hevdes at oppholdstillatelse bør gis fordi det foreligger grunner som nevnt i § 8 andre ledd har domstolene begrenset prøvelsesrett. Vedtaket etter utl § 8 andre ledd er i all hovedsak underlagt forvaltningens frie skjønn. Domstolene vil i slike saker kunne prøve hva som er vurderingstema etter § 8 annet ledd, men ikke den konkrete avgjørelse av om oppholdstillatelse skal gis. Se Rt. 1997 s. 1784, særlig side 1795. Denne vurderingen kan bare prøves i samsvar med de alminnelige regler om domstolskontroll med forvaltningens frie skjønn. Se også Rt. 2003 s. 1287 særlig punkt 24 - 26.

Tendensen i rettspraksis i dag er økt overprøving på utlendingsrettens område. Det har sammenheng med ønsket om å kontrollere at Norge overholder sine internasjonale forpliktelser som er et uttalt formål med utlendingslovgivningen, jf. Innst. O. 92 (1987-88) side 4.

Domstolene kan imidlertid alltid prøve om saksbehandlingsreglene er fulgt, og om forvaltningen har holdt seg innenfor sin kompetanse. Det siste refereres ofte til som myndighetsmisbrukslæren²⁵ og betegner de ulovfestede prinsipper som gir domstolene kompetanse til å avgjøre om bl.a. om alle relevante hensyn er vurdert, om vedtaket er kvalifisert (grovt) urimelig eller det forligger usaklig forskjellsbehandling.

6.2.3 Konsekvens av domstolens avgjørelse.

I asylsaker må domstolen normalt nøye seg med å statuere ugyldighet, og har ikke anledning til å avsi dom for realiteten eller pålegge forvaltningen å treffe positivt vedtak. Bare ved strengt lovbundne vedtak, der ingenting er overlatt til forvaltningens frie skjønn, kan domstolen avgjøre realiteten i saken. Konsekvensen av at et asylvedtak kjennes ugyldig vil være at forvaltningen innretter seg etter den kritikk forvaltningen har fått når den treffer et nytt vedtak i saken.

Taper utlendingen saken, dvs. at vedtaket om nektet opphold anses gyldig, er konsekvensen at utlendingen må forlate landet. For helhetens skyld nevner jeg at en norsk domstolsavgjørelse alltid kan klages inn for Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg, og relevante bestemmelser i en asylsak vil kunne være EMK art. 3 (forbudet mot tortur) og art. 8 (retten til respekt for familieliv). Resultatet av en avgjørelse i Strasbourg-domstolen i asylsøkerens favør vil være at Norge dømmes for brudd på EMK. Avgjørelsen gir ikke i seg selv rett til asyl eller opphold på annet grunnlag.

6.3 Spania

6.3.1 Innledning

I Spania har domstolen kompetanse til ikke bare å avgjøre gyldigheten av et forvaltningsvedtak, men også til å fastsette innhold og rekkevidde av vedtaket som trer i stedet for det gamle. Domstolen treffer ikke realitetsavgjørelse, men pålegger forvaltningen å treffe et vedtak med innhold som definert i dommen. Selvsagt alltid innenfor lovens grenser. Denne kompetansen følger av LJCA artikkelene 103 og 104. I en asylsak betyr dette at domstolen vil kunne pålegge den instans hvis vedtak er brakt inn for domstolen, å innvilge asyl.

Dersom forvaltningen ikke følger pålegget kan dommeren pålegge bøter, og eventuelt straffeansvar jf. LJCA art. 112, i tillegg gir art. 113 anvisning på tvangsgjennomføring. Kompetansen til å fastlegge vedtakets innhold har også en annen side, nemlig at det ikke finnes noe "fritt skjønn" hvor kun forvaltningen kan bestemme. Domstolene har adgang til fullt og helt å overta denne vurderingen som i første omgang tilligger forvaltningen.

Der domstolen anser det opprinnelige vedtaket for gyldig, er konsekvensen at det iverksettes og utlendingen blir ført ut av landet.

²⁵ Eckhoff 2003, s. 350 - 369 behandler prinsippene, men er negativ til betegnelsen.

6.3.2 Ikke alle vedtak kan bringes inn for domstolen

Forskriften til LAR art. 39 bestemmer at vedtak etter lovens art. 21.1 er endelige forvaltningsmessig sett, men at de kan overprøves i domstolsapparatet.

Endelig vedtak, dvs. annengangs-vedtak, om å ikke realitetsbehandle søknad som er fremsatt på grensen i medhold av lovens art. 5.7 tredje setning, kan normalt ikke bringes inn for domstolen. I disse tilfellene befinner asylsøkeren seg ved et grenseovergangssted og man har to ganger funnet at asylsøkeren ikke har grunn til å slippe inn i landet. Reglene legger opp til en rask saksbehandling med det formål å avvise ved grensen personer som åpenbart ikke behøver beskyttelse. Ved en slik hurtig prosess er det imidlertid viktig med rettsikkerhetsgarantier.

Som vi husker fra punkt 3.4. skal alltid UNHCR informeres og kan ta kontakt med flyktningen når denne nektes realitetsbehandling av søknaden ved grensen. Betydningen av denne garantien ser vi på dette punkt i saksbehandlingen. Dersom UNHCR mener søknaden bør underlegges realitetsbehandling og søkeren ønsker å overprøve CIARs vedtak, kan utlendingen fylle ut et skjema, legge ved UNHCRs uttalelse, og vil deretter få adgang til riket fram til domstolen har truffet sin avgjørelse. Dersom stevning ikke er mottatt innen to måneder reguleres saken av de alminnelige regler om effekten av nektet realitetsbehandling i forskriften til LAR art. 23 som i første rekke henviser til at utlendingen er pålagt å forlate landet. Alt dette følger av art. 39.2 i forskriften. Hovedregelen er likevel at i art. 5.7- tilfellene stopper klagemulighetene ved andre gangs nekting av innreise i riket, og utlendingen har normalt heller ikke mulighet til å bringe saken inn for domstolene.

Med dette forbeholdet om adgangen til rettsapparatet, vil jeg nå se på mulighetene for å få omgjort et negativt asylvedtak hos spanske domstoler. Domstolsbehandlingen i Spania reguleres av Ley Orgánica 19/2003, 23 de diciembre, som endrer Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ). Asylsaker skal behandles etter "procedimiento contencioso-administrativo" dvs. prosedyren for forvaltningstvister, jf. LOPJ art. 24. Denne prosedyren er regulert i detalj av Ley 29/1998, 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). For mer

informasjon rundt formaliteter og fremdrift i den spanske prosedyren for forvaltningssaker, se (Ocaña II 1999, s. 497 flg.)

Også under domstolsprosessen har asylsøkeren mulighet for å få gratis juridisk bistand slik at den faktiske adgangen til domstolen kan sies å være sikret. Vilåårene er de samme som i den forvaltningsmessige klagebehandlingen jf. art. 2 bokstav f) i Ley de Asistencia Juridica Gratuita og punkt 3.3.2 i denne oppgaven.

6.3.3 Midlertidig forføyning – "medidas cautelares"

For saker som er under domstolsbehandling gjelder det samme som for saker som er under klagebehandling i forvaltningen i spørsmålet om utsatt iverksettelse av asylvedtaket. Jeg henviser derfor til punkt 5.2.1. Hjemmelen er imidlertid en annen; LJCA art. 129. Det følger av bestemmelsen at parten kan søke om utsatt iverksettelse, men også at retten kan bestemme det av eget tiltak.

På samme måte som ved administrativ overprøving skal det ifølge forskriften til LAR art. 40 utstedes midlertidig dokumentasjon på status som asylsøker når saken er brakt inn for domstolen og denne har gitt usatt iverksettelse på den obligatoriske utreisen som følger av det negative asylvedtaket.

6.3.4 Hovedsaken – hva kan domstolen overprøve?

Det opprinnelige formål med "el recurso administrativo contencioso" var å etablere en etterfølgende kontroll med forvaltningen. Domstolen hadde dermed bare kompetanse til å annullere vedtak. Med tiden har imidlertid lovens formål utvidet seg slik at domstolen i tillegg har anledning til å opprette rettstilstanden slik den bør være partene imellom.

Domstolens hovedoppgave er likevel å utføre en legalitetskontroll med forvaltningsvedtak, i vårt tilfelle asylvedtak. Påstanden fra asylsøkerens side vil derfor være at asylvedtaket er ugyldig. Påstandene og anførslene vil utgjøre en grense for dommerens kompetanse, men dommeren har vid veiledningsadgang for å hjelpe partene å reformulere anførslene dersom det anses opportunt se LJCA art. 33. Videre har som

allerede nevnt dommeren kompetanse til å fastsette innhold og rekkevidde av forvaltningsvedtaket som skal tre i stedet for det gamle, jf. innledningen.

6.3.5 Aktivisering av domstolen pga. inaktivitet i forvaltningen

Inaktivitet hos forvaltningen gi grunnlag for ”el recurso contencioso administrativo” (domstolsprosessen for forvaltningstvister) med det formål å tvinge igjennom at vedtak treffes. Dette kan være aktuelt når OAR bruker mer enn seks måneder på saksforberedelsen, og søknaden således anses avslått uten utrykkelig vedtak. Se om dette punkt 4.2 foran.

6.4 Sammenlikning av norske og spanske regler for domstolskontroll med forvaltningen

Hovedregel i begge land er at asylvedtak overprøves i domstolsapparatet med det prinsipale formål å føre en legalitetskontroll med forvaltningen. I Norge kan domstolen bare kjenne enkeltvedtak ugyldig, og deretter må forvaltningen treffe nytt vedtak. Forvaltningen må da tolke dommen, og trekke konklusjoner av domstolens kritikk. De spanske domstoler har en videre kompetanse og kan i tillegg til å kjenne vedtaket ugyldig, direkte instruere forvaltningen om det nye vedtaks innhold. I prinsippet skal det ikke være noen forskjell på den spanske og norske domstolskontrollen der vurderingstemaet er om beskyttelse skal innvilges eller ikke. Dette er en lovbundet avgjørelse i begge land, se utl §§ 15, 16 og 17 og LAR art. 3.1.

Dersom spørsmål om oppholdstillatelse på rent humanitært grunnlag bringes inn for domstolene i Norge, vil domstolen være bundet av den begrensning som forvaltningens frie skjønn setter. Tilsvarende ordning synes ikke å eksistere i Spania. Dette er den naturlige slutning av at domstolen kan instruere forvaltningen. Forskjellen mellom norske og spanske domstolers kompetanse vil vise seg der skjønnsmessige oppholdshjemler er oppe til vurdering. De spanske domstoler har da en videre overprøvningsmyndighet enn de norske.

Som nevnt foran kan domstolene i Spania aktiviseres på grunn av inaktivitet i forvaltningen. Tilsvarende ordning har vi ikke i Norge. Regelen om opphold som følger av femtenmånedersregelen i uf § 21 tredje ledd gjør at det ikke er nødvendig med en slik særordning.

I Spania ytes fri rettshjelp under domstolsbehandlingen på samme måte ved forvaltningsoverprøvingen. I Norge kan man ikke påregne fri saksførsel.

7 Vurdering av de faktiske data

I dette avsnittet vurderer jeg utvalgte tall fra landenes asylstatistikker. De faktiske data er gjengitt som vedlegg, se punkt 12. Før denne vurderingen vil jeg understreke at tallene ikke er helt sammenliknbare. Tallene fra Norge gjelder førsteinstansvedtak, dvs. at vedtak omgjort i UNE ikke er med i tabellene. UNE opplyser i årboken for 2003 at ca. 7,4 % av asylvedtakene omgjøres dersom man trekker fra ”de åpenbart grunnløse” klagene som normalt ikke medfører omgjøring. Det innebærer at man ved lesing av tabellen må ta forbehold for en feilprosent på 7,4 når det gjelder de norske tallene. Likevel kan nok statistikken gi en pekepinn på landenes praksis.

Tallene gjelder antall *vedtak* truffet i løpet av 2003, og sier i utgangspunktet ikke noe om antall *personer* som søker asyl i denne perioden. Det er likevel grunn til å regne med at vedtakene gjenspeiler mengden asylsøkere, og da ser vi av tabell 1 at Norge mottar nesten tre ganger så mange asylsøkere som Spania.

Av disse oppnår 21,68 % asyl eller annen form for beskyttelse i Norge, mens dette tallet kun er 4,09 % i Spania. Spania må derfor sies å ha en vesentlig mer restriktiv vurdering av asylsøknadene enn Norge har.

Det er interessant å merke seg at forskjellen i prosent ikke er like stor når det gjelder innvilgelse av asyl, dvs. at innvilgelsene av opphold på andre grunnlag trekkes fra det totale antallet innvilgelser. Tallet i Norge er 3,57 %, mens det i Spania er 2,63 %. Norge innvilger m.a.o. opphold på humanitært grunnlag til en stor mengde søkere. Av disse har noen krav på beskyttelse etter internasjonale konvensjoner, men ikke alle. Det medfører at vi ikke kan se antall innvilgelser som er gitt i Norge som følge av en internasjonal forpliktelse. Dagens lovverk skiller ikke klart mellom disse gruppene, men i NOU 2004: 20 punkt 6.9.1 uttrykkes ønske om å endre dette så innvilgelsessystemet blir klarere.

Det er stor variasjon med hensyn til nasjonalitet i de to lands største søkergrupper, se tabell 2. Dette medfører at en sammenlikning av om landene oppfyller sin forpliktelse etter Flyktningkonvensjonen blir vanskeligere fordi man ikke kan slutte at likt antall

søkere har behov for vern. Det kan ikke logisk slutes at hvert land mottar likt antall søkere med et krav på beskyttelse etter folkeretten.

Spania som det eneste spansktalende land i Europa kan fristes til en streng vurdering for å ikke åpne for store flyktningestrømmer fra spansktalende land i Sør- og Mellom Amerika. Dersom et land fører en litt mer liberal praksis enn andre land det er naturlig å sammenlikne med, vil det lett føre til økt flyktningstrøm til det mer liberale land. De tallene jeg har hentet fram synes å underbygge det synspunktet.

I tillegg er det et kjent problem at Spania har stor illegal innvandring, spesielt fra Afrika på grunn av den geografiske nærhet med dette kontinentet. Det kan også begrunne den strenge asylpraksisen tallene viser. Myndighetene i Spania har den siste tiden gjort mye for å bekjempe den illegale innvandring, og medfølgende problemer slik som stor arbeidskraft som unndrar seg beskatning. Et av tiltakene er å gi amnesti for arbeidstakere som lever skjult for myndighetene, slik at disse kan registrere seg. I løpet av en tremåneders periode som startet 31. januar 2005 vil således et ukjent antall utlendinger få legalisert sitt opphold i Spania.

8 Sammenfatning og konklusjon

Statistikken viser at Norge mottar omtrent tre ganger så mange asylsøkere som Spania. Innvilgelsesprosenten i Norge er også mye høyere. Et lands flyktningetilstrømning og asylpolitikk henger normalt tett sammen, fordi landenes innvilgelsespraksis ryktes. Det vil derfor minske tilstrømningen å føre en mer restriktiv asylpolitikk enn nabolandene, og dette er et virkemiddel landene benytter seg av i varierende grad. Forpliktelsene som følger av Flyktningkonvensjonen må imidlertid overholdes selv om landene fører en streng innvandringspolitikk.

Tross stor forskjell i antall asylsøkere i Spania og Norge, har begge land funnet det nødvendig å sile ut åpenbart grunnløse søknader og gi disse en hurtig behandling. Denne løsningen er nok rettsikkerhetsmessig forsvarlig ettersom også disse søkerne har overprøvingsmuligheter i begge land.

Førsteinstansbehandlingen i Spania og Norge er rimelig lik med hensyn til hvordan informasjon om søkeren innhentes. Hovedprioritet er å belyse søknaden så godt så mulig, og det legger begge prosesser opp til. Det virker imidlertid som førsteinstansprosessen er mer tidkrevende i Spania enn i Norge. Dette har sammenheng med at hver søknad er innom flere organer i førsteinstansbehandlingen i Spania. Det kan virke som landene har gått i hver sin retning når det gjelder avveiningen av de kryssende hensyn til forsvarlig saksbehandling (og tidkrevende) og rettsøkonomisk (og rask) prosess. Rettsikkerhetshensynet er tungtveiende i asylprosedyren, men oppgavens gjennomgang av førsteinstansbehandlingen gir ikke grunn til å konkludere med at et av landene ivaretar dette i større grad enn det andre.

I både Spania og Norge har vi en klageomgang, men det er stor forskjell på hvilke instanser som er involvert i klagebehandlingen. I Spania er de samme organer involvert i klagebehandlingen som i førsteinstansbehandlingen, mens i Norge har vi et egen uavhengig instans, UNE. Behovet for økt politisk styring av praksis i utlendingssaker, har medført at vi nok kan vente oss lovendringer som reduserer uavhengigheten til UNE. Likevel kan det nok argumenteres for at nettopp klageorganets uavhengighet i Norge sikrer den alminnelige tillitt til reell toinstansbehandling bedre enn den spanske klagebehandlingen.

Svært positive trekk ved spansk prosedyre er at utsatt iverksettelse er lettere å oppnå, og at det gis fri rettshjelp fra start. I Norge er det som kjent kun fri rettshjelp i klageomgangen. Konsekvensen av disse forhold kan være at søkere som har vanskelig for å redegjøre for begrunnelsen for ønske om asyl, må vente til klageomgangen for å få fremlagt dette på en tilfredsstillende måte. Dersom feil skulle bli foretatt i klageomgangen, har denne søker ingen gjenstående andreinstansbehandling til å få rettet dette opp. Muligheten for domstolskontroll står åpen, men det er en større økonomisk belastning.

Virkeligheten som asylstatistikken refererer kan tyde på at selve vurderingen av om en søker trenger beskyttelse er strengere i Spania enn i Norge. Muligheten for politisk innflytelse ved avgjørelse av asylsakene er det vanskelig å vurdere ut fra gjennomgangen av saksbehandlingsreglene, og oppgaven gir derfor ikke noe godt svar på om det er mer tilfelle i Spania enn i Norge.

9 Norsk litteraturliste

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 7. utg. ved Eivind Smith. Oslo, 2003.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan Helgesen Oslo, 2000.

Einarsen, Terje. *Retten til vern som flyktning*. 1. utg. Bergen, 2000.

Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling.

1. utg. på norsk ved NOAS. Oslo, 2003.

UDI, (31.12.03)/(25.03.04) *Tall og fakta 2003*. Oslo, 2003 [Sisert 14.01.05] Tilgang:
<http://www.udi.no/templates/Page.aspx?id=4367>

UNE, *Årbok 2003*. Oslo, 2003. [Sisert 14.01.05]

Tilgang: www.une.no

Utlendingsrett. Runa Bunæs, Kristin Ottesen Kvigne og Bjørn Vandvik. 1. utg. Oslo, 2004.

10 Spansk litteraturliste

Arribas, Martín Juan José. Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo. 1. utg. Burgos, 2000.

CEAR, *Cear informa sobre la nueva ley de extranjería*. Madrid, 17. juli 2003. (CEAR informerer om ny utlendingslov) [Sisert 20.10.04] Tilgang: www.cear.es

Det spanske innenriksministeriet, *Anuario Estadístico de Extranjería 2003*. (Årlig statistikk) [Sisert:14.01.05]

Tilgang: www.dgei.mir.es/es/anuario2003_ANEXT01.pdf.

Lopez Calera, N.M. *Teoría de derecho*. 1. utg. Granada, 2000.

Ocaña, Luis Morell. Curso de derecho administrativo, tomo I, El derecho administrativo y sus fuentes. La organización administrativo y sus medios. 4. utg. Madrid 1999.

Ocaña, Luis Morell. Curso de derecho administrativo, tomo II, La actividad de las Administraciones Públicas. Su control administrativo y jurisdiccional. 4. utg. Madrid, 1999.

11 Rettskilder

11.1 Internasjonale rettskilder

Barnekonvensjonen – FN konvensjonen om barns rettigheter av 7. november 1962, i kraft fra 9. desember 1964.

.

Dublin-forordningen II – Rådskonvensjon (EC) nr. 343/2003 av 18. februar 2003 om fastsettelse av kriterier og mekanismer for å avgjøre hvilket land som er ansvarlig for behandlingen av en asylsøknad som fremlegges i en medlemsstat av en borger av et tredjeland.

Flyktningkonvensjonen – FN konvensjonen om flyktninger av 28. juli 1951, i kraft fra 18. april 1960.

Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktnings rettsstilling.
Utarbeidet av UNHCR i 1979, på norsk ved NOAS, Oslo 2003.

New York protokollen relatert til flyktnings status, av 31. januar 1967, i kraft fra 04. oktober 1967.

Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) – Konvensjonen om menneskerettigheter av 4. november 1950, i kraft fra 03. september 1953.

Torturkonvensjonen (CAT) – Konvensjon mot tortur og annen grusom umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff – vedtatt av FNs generalforsamling 10. desember 1984, i kraft fra 26. juni 1987.

Verdenserklæringen om menneskerettighetene vedtatt av FNs generalforsamling 10. desember 1948.

11.2 Lover og forskrifter

11.2.1 Norske

Lov 30. april 1999 nr. 22 om endringer i utlendingsloven.

Rettsgebyrloven (rettsgebyrl) – lov om rettsgebyr 17. desember 1982 nr. 86.

Rettshjelpsloven (rhjl) – lov om fri rettshjelp 13. juni 1980 nr. 35.

Sivilombudsmannsloven – lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8.

Tvangsfullbyrdelsesloven (tvfbl) – lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26. juni 1992 nr. 68.

Utlendingsforskriften (uf) – Forskrift 21. desember 1990 nr. 1028 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

Utlendingsloven (utl) – Lov 24. juni nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

11.2.2 Spanske

Forskriften til LAR - Reglamento de Aplicacion de la Ley 5/1984 de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. BOE nr. 52, 2. mars 1995.

Konstitusjonen, den spanske – la Constitucion Española av 6. desember 1978.

LAR - Ley 5/1984 de 26 de marzo, Reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado. (Lov om rett til asyl og betingelser for å anses som flyktning) BOE nr. 74, 27. mars 1984.

LAR - Ley 9/1994, 19 de mayo, Reguladora del derecho de asilo y de la condicion de refugiado, (Lov om rett til asyl og betingelser for å anses som flyktning). BOE nr. 122, 23. mai 1994.

Ley de Extranjeria - Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (Organisatorisk lov – den generelle utlendingslovgivning). BOE nr. 307, 23. desember 2000.

Ley Orgánica 3/1981 de 6 de abril del Defensor del Pueblo. (Sivilombudsmannsloven) BOE nr. 109, 7. mai 1981.

Ley Orgánica 2/1992 de 5 de marzo del Defensor del Pueblo. (Sivilombudsmannsloven, endringslov) BOE nr. 57, 6. mars 1992.

LOPJ - Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Domstolloven, endringslov) BOE nr. 309, 26. desember 2003.

LOPJ - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (Domstolloven) BOE nr. 157, 2. juli 1985.

LRJ-PAC - Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Forvaltningsloven). BOE nr. 285, 27. november 1992.

LRJ-PAC - Ley 4/1999 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (Forvaltningsloven, endringslov) BOE nr. 12, 14. januar 1999.

11.3 Forarbeider

11.3.1 Norske

Innst. O. 92 (1987-88) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Innst. O. nr. 93 (2003-04) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (senking av nedre strafferamme for utvisning og fritt rettsråd i asylsaker)

NOU 2004: 20 Ny Utlendingslov

Ot.prp. nr. 17 (1998-99) om lov om endringer i utlendingsloven – klagenemnd, flyktningenemnd og tvangsmidler

Ot.prp. nr. 46 (1986-87) om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Ot. Prp. nr. 31 (2004-2005) Om lov om endringer i utlendingsloven m.m. (styringsforhold på utlendingsfeltet)

St. meld nr. 21 (2003-04) om styringsforhold på utlendingsfeltet.

11.3.2 Spanske

Lovmotivene til de spanske lover og forskrifter publiseres sammen med den ferdige lovteksten, og det henvises derfor til BOE -referansene i lovregisteret.

11.4 Rettspraksis

11.4.1 Norsk

Rt. 1991 side 586

Rt. 1998 side 1795

Rt. 2003 side 1287

11.4.2 Spansk

Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, recurso nº 755/1994, RJ 1995/6439

12 Vedlegg

12.1 Asylstatistikk

Tabell 1: Antall vedtak, innvilgelser og avslag

Antall og prosentvis fordeling av vedtak truffet de to land i 2003:									
	Antall	Asyl	%	Vern	%	Annen beskyttelse	%	Negative	%
Spania	5822	153	2,63	46	0,79	39	0,67	5584	95,91
Norge	16407	585	3,57	2216	13,5	756	4,61	12850	78,32

Tabell 2: De største søkergruppene etter nasjonalitet

Antall og prosentvis fordeling av vedtak truffet i Spania i 2003:							
Nasjonalitet	Antall	Asy/vern		Annen beskyttelse		Negative	
			%		%		%
Algerie	644	4	0,62 %	0	0,00 %	640	99,38 %
Nigeria	1769	3	0,17 %	0	0,00 %	1766	99,83 %
Colombia	1026	59	5,75 %	18	1,75 %	949	92,50 %
Afghanistan	14	3	21,43 %	0	0,00 %	11	78,57 %
Russland	103	33	32,04 %	9	8,74 %	61	59,22 %
Serbia og Montenegro	7	1	14,29 %	0	0,00 %	6	85,71 %

Antall og prosentvis fordeling av vedtak truffet i Norge i 2003:							
Nasjonalitet	Antall	Asyl /vern		Annen beskyttelse		Negative	
			%		%		%
Afghanistan	1628	943	57,92 %	17	1,04 %	668	41,03 %
Russland	1650	707	42,85 %	12	0,73 %	931	56,42 %
Serbia og Montenegro	2934	78	2,66 %	39	1,33 %	2817	96,01 %
Algerie	389	2	0,51 %	9	2,31 %	378	97,17 %
Nigeria	181	2	1,10 %	2	1,10 %	177	97,79 %
Colombia	8	0	0,00 %	3	37,5 %	5	62,5 %

Tallene er hentet fra det spanske Innenriksministeriets årlige statistikk, og UDIs hefte *Tall og fakta 2003*.

12.2 LAR

12.3 Forskriften til LAR

