

**KONVENSJONSSTATENES ANSVAR VED
UTSENDELSE AV ASYLSØKERE I HENHOLD TIL
DUBLIN II- FORORDNINGEN
- SETT I LYS AV DOMMEN M.S.S. MOT BELGIA OG
HELLAS**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 595
Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 16 411 ord

22.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Problemstilling og avgrensning av oppgaven	1
1.2	Bakgrunn for problemstillingen	1
1.3	Den videre fremstilling	3
2	DUBLIN II- FORORDNINGEN	4
2.1	Bakgrunn for forordningen	4
2.2	Innholdet i forordningen	4
2.2.1	Plikt til å behandle asylsøknader	4
2.2.2	Hovedregel om overføring/tilbakeføring til ansvarland	4
2.2.3	Regulering av ansvarland	5
2.2.4	Unntaksbestemmelser	6
2.2.5	Prosedyreregler	7
2.3	Annen relevant sekundærrett innen EU	7
3	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJONEN ART. 3	8
3.1	Anvendelsesområde - Det eksterrielle vernet i EMK art. 3	8
3.2	Innholdet i EMK art. 3	9
3.3	Beviskrav – reell risiko	10
3.4	Typiske tilfeller som er aktuelt ved utsendelse	12
3.4.1	Mangelfullt asylregime	12
3.4.2	Konvensjonsstridig internering	12
3.4.3	Tunge sosiale hensyn	12
4	TIDLIGERE PRAKSIS FRA EMD SOM ANGÅR UTSENDELSE AV ASYLSØKERE I HENHOLD TIL DUBLINSYSTEMET	13

4.1	Utgangspunktet for prøving av EUs Dublinsamarbeid	13
4.2	T.I. mot Storbritannia 7. mars 2000	14
4.3	K.R.S. mot Storbritannia, 2. desember 2008	16
4.4	Kort om norsk praksis	18
5	M.S.S. MOT BELGIA OG HELLAS	19
5.1	Sakens omstendigheter	19
5.1.1	Faktum	19
5.1.2	Klagerens påstander	21
5.1.3	Flertallets konklusjon	21
5.2	Domsgrunnene i M.S.S. mot Belgia og Hellas	22
5.2.1	Belgias ansvar etter EMK art. 3 på bakgrunn av å ha utsatt klageren for mangelfullt asylregime i Hellas	22
5.2.1.1	Relevante rettskilder	22
5.2.1.2	EMDs bruk av egen rettspraksis	23
5.2.1.3	Belgias kunnskap på utsendelsestidspunktet	23
5.2.1.4	Betydningen av forsikringer	25
5.2.1.5	Rule 39	26
5.2.1.6	Adgang til å gå til sak mot senderlandet	26
5.2.1.7	Individuell risiko	27
5.2.2	Ansvar etter EMK art. 3 på bakgrunn av å ha utsatt klageren for internerings- og mottaksforholdene i Hellas	27
5.3	Kritikk av dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas	28
5.3.1	Rapporter om situasjonen i Hellas	28
5.3.2	Anmodningen fra UNHCR	30
5.3.3	Rule 39	30
5.3.4	EUs foreslåtte endringer	31
5.4	Realpolitiske motiver for domsresultatet	31
5.4.1	Klarere faktum i forhold til risikovurderingen	32
5.4.2	Feilslått presumsjon i K.R.S.	32
5.4.3	Signaler fra EU selv	33

6	ANSVAR VED UTSENDELSE AV ASYLSØKERE I HENHOLD TIL DUBLIN II-FORORDNINGEN I ETTERKANT AV M.S.S. MOT BELGIA OG HELLAS	34
6.1	Omfanget av ansvar som i dag påhviler konvensjonsstatene	35
6.1.1	Forholdet mellom utsendelsesforbudet og EU- reglene	35
6.1.2	Utvidet rekkevidde for EMK art. 3	36
6.1.2.1	Interneringsforhold i strid med EMK art. 3	36
6.1.2.2	Leveforhold i strid med EMK art. 3	36
6.1.3	Endring i bevisvurderingen	38
6.1.3.1	Bevisterskelen	38
6.1.3.2	Individualisering av risiko	39
6.1.4	Statens undersøkelsesplikt	39
6.1.4.1	Kravet til forsikringer fra mottakerlandet	39
6.1.4.2	Asylsøkerens opplysningsplikt	40
6.1.4.3	Bevisbyrde	40
6.1.4.4	EMDs vurdering av Rule 39	41
6.2	Dommens konsekvenser for overføring/tilbakeføring av asylsøkere i henhold til Dublin II- forordningen	42
6.2.1	Konsekvenser for norsk praksis	42
6.2.2	Styrket vern av asylsøkeres rettigheter i EU	43
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	44
8	LITTERATURLISTE	47

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning av oppgaven

Problemstillingen for oppgaven er hvilket ansvar som påhviler konvensjonsstatene etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 3, ved utsendelse av asylsøkere til andre medlemsstater i henhold til Dublin II- forordningen - sett i lys av dommen fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen M.S.S. mot Belgia og Hellas.

Oppgaven avgrenses mot andre folkerettslige forpliktelser som også kan ha betydning for statenes praktisering av Dublinsystemet, herunder særlig FNs Genèvekonvensjon om flyktnings stilling (heretter Flyktningkonvensjonen) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK) artikkel 2, 8 og 13. Oppgaven avgrenses også mot konvensjonsstatenes ansvar ved utsendelse av utlendinger av andre grunner enn ved overføring av asylsøkere etter Dublin II- forordningen.

1.2 Bakgrunn for problemstillingen

Asylpolitikk og asylrett er stadig aktuelle tema. De siste årene har det særlig vært fokus på store flyktningstrømmer som kommer inn i Europa via de sydlige landene, Hellas, Italia, Spania og Malta. Tradisjonelt har asylretten vært et innenrikspolitisk område, som statene har praktisert svært ulikt. FNs Flyktningkonvensjon gir imidlertid enkelte viktige, felles føringer for behandlingen av flyktninger.¹

Etter Flyktningkonvensjonens vedtakelse er den internasjonale reguleringen av asylretten trappet opp. I Europa har EU de siste tiår vært pådriver og hovedutvikler for et felles europeisk asylsystem, hvor målet har vært å etablere en felles asylprosedyre og asylstatus for hele EU- området.² Dette er ment å både gi asylsøkere en rettferdig behandling, samt effektivisere prosedyrene rundt asylsaksbehandlingen i EU-landene.³

¹ 144 stater er i dag fullverdige medlemmer, herunder samtlige europeiske stater, jfr.

<http://www.globalis.no/Avtaler/Flyktningkonvensjonen>

² Se Amsterdam-traktaten avsnitt IV, art. 63, Common European Asylum System (CEAS)

³ Vevstad (2006) kapittel 3

En av de viktigste reguleringene, vedtatt av EU som ledd i dette felleseuropeiske asylsystemet, er Dublin- konvensjonen,⁴ nå avløst av Dublin II - forordningen.⁵ Denne forordningen anviser regler for at en persons asylsøknad kun skal behandles av ett EU-land, og oppstiller kriterier for hvilket land som er ansvarlig for den enkelte søknad.⁶ Dersom asylsøkeren befinner seg i et annet EU-land, skal han overføres/tilbakeføres til ansvarlandet.⁷ Systemet har til hensikt å hindre at asylsøkere drar fra land til land og søker asyl flere steder. Dette fenomenet, kalt ”asylshopping”, er ansett å medføre en uheldig belastning av de nasjonale asylsystemene, samtidig som man risikerer at ingen av statene påtar seg ansvaret for søknaden (såkalt refugee- in orbit- situasjon).⁸ I dag er samtlige EU-land, samt Norge, Island, Sveits og Liechtenstein tilsluttet forordningen (heretter medlemstater/medlemsland).⁹

Dette felleseuropeiske asylsystemet har imidlertid blitt møtt med mye kritikk. Det er blitt hevdet at det er et større fokus på kontrolltiltak og effektivisering, enn beskyttelse av asylsøkerne.¹⁰ Fra internasjonale menneskerettighetsorganisasjoner er det også rapportert om brudd på grunnleggende rettigheter i forbindelse med både asylprosedyrer og mottaksforhold i enkelte av EU-landene.¹¹

Dublin II- forordningen selv inneholder ingen krav til asylprosedyrer eller mottaksforhold for asylsøkerne, men bygger på en presumsjon om at alle medlemslandene overholder sine folkerettslige forpliktelser: ”Trygt deltakerland-prinsippet”.¹² Problemet oppstår imidlertid dersom et medlemsland ikke lever opp til denne forutsetningen, og asylsøkere overføres til et medlemsland som ikke respekterer deres grunnleggende rettigheter. Ettersom asylsøkeren da ikke får tilstrekkelig beskyttelse i det aktuelle EU- landet, blir det avgjørende om andre land kan anses ansvarlig for personen. I hvilken grad en stat som overfører asylsøkeren her kan holdes ansvarlig for menneskerettbrudd, må vurderes på bakgrunn av medlemslandenes forpliktelser etter internasjonale menneskerettigheter.

⁴ Signert 15. mars 1990. I tillegg til EU- landene ble Norge og Island tilsluttet konvensjonen 1. april 2001.

⁵ Rfo 343/2003 EF

⁶ Ibid. Kapittel III

⁷ Ibid. art. 3.1

⁸ Vevstad (2006) side 54 og 161

⁹ Vevstad (2012) side 3

¹⁰ Vevstad (2006) side 88 flg.

¹¹ Se for eksempel rapporter fra Human Rights Watch: *Left to Survive*, desember 2008 og fra UNHCR: *Position on the return of asylum seekers to Greece under the Dublin II Regulation*, 9. April 2008.

¹² Rfo 343/2003 EF fortale punkt 2

Både Flyktningkonvensjonen og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹³ inneholder bestemmelser som stiller krav til behandlingen av asylsøkere i Europa. EMK er imidlertid underlagt strengere kontrollmekanismer, da konvensjonsstatene er pliktig til å følge dom avsagt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (heretter EMD).¹⁴ Denne redegjørelsen vil dermed konsentrere seg om senderlandenes ansvar etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

EMD har flere ganger behandlet spørsmål om brudd på EMK i forbindelse med utsendelse av asylsøkere etter Dublinsystemet. Domstolen har vurdert disse sakene etter EMK art. 3, som oppstiller et forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Ettersom EMD selv forankrer senderstatens ansvar i EMK art. 3, vil også denne oppgaven konsentrere seg om ansvar etter denne bestemmelsen.

I dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas, avsagt av EMD 21.1.2011, blir senderstaten nettopp dømt for å ha overført en asylsøker til Hellas i strid med EMK art. 3. Denne saken blir dermed viktig for å fastslå omfanget av ansvaret som pålegges konvensjonsstatene i denne sammenheng. Med bakgrunn i blant annet denne dommen skal det dermed undersøkes hvilket ansvar som påhviler konvensjonsstatene etter EMK art. 3, ved utsendelse av asylsøkere til andre medlemsstater i henhold til Dublin II-forordningen.

1.3 Den videre fremstilling

I det følgende skal det først redegjøres for Dublinsystemet, samt tilknyttede EU-direktiver, i punkt 2. Deretter behandles omfanget av EMK art. 3 ved utsendelse i punkt 3. To dommer fra EMD, T.I. og K.R.S. mot Storbritannia, vil særlig bli gjennomgått i punkt 4. Videre følger i punkt 5 en analyse av dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas. Dommens rekkevidde behandles i punkt 6 og det gis noen avsluttende bemerkninger i punkt 7.

¹³ Vedtatt av Europarådet 4. november 1950

¹⁴ EMK art. 32 og 46

2 Dublin II- forordningen

2.1 Bakgrunn for forordningen

Bakgrunnen for Dublin-samarbeidet var behovet for et felles system for regulering av asylsøknader, etter at Schengen-samarbeidet trådte i kraft. Schengen-konvensjonen, inngått mellom 10 europeiske stater i 1990, sikret fri bevegelighet mellom avtalestatene og gjorde det dermed også mulig for asylsøkere å reise fritt mellom landene.

Dublin II- forordningen, som avløste Dublin- konvensjonen fra 1990, ble vedtatt av Det europeiske råd 18. Februar 2003, og trådte i kraft september samme år. Norges Dublisamarbeid ble inngått med EU- Kommisjonen i 2001,¹⁵ og videreført med Dublin II- forordningen, som ble virksom fra april 2006. For å effektivisere gjennomføringen av forordningen er det også vedtatt sekundærrett i EU som hjemler kontroll av asylsøkere i Europa.¹⁶

2.2 Innholdet i forordningen

2.2.1 Plikt til å behandle asylsøknader

Dublin II -forordningen fastslår allerede i første artikkel at den gjelder kun for asylsaker, og at dens formål er å klargjøre hvilken medlemsstat som er ansvarlig for en asylsøknad. Asylsøknad defineres som ”søknad fremlagt av borger av et tredjeland som kan forstås som en anmodning om internasjonal beskyttelse i henhold til Genève-konvensjonen”.¹⁷ Forordningen pålegger en plikt for medlemsstatene til å behandle enhver asylsøknad av en tredjelandsborger som fremlegges på grensen eller på territoriet til en av dem.¹⁸ Dette harmonerer godt med den internasjonale sedvaneregelen om at enhver har rett til å søke asyl i et annet land.¹⁹

2.2.2 Hovedregel om overføring/tilbakeføring til ansvarland

I tillegg til denne plikten oppstilles en regel i forordningens art. 3.1 om at asylsøknaden ”skal behandles av en enkelt medlemsstat, som skal være den medlemsstat som etter

¹⁵ Tilknytningsavtalen for Norge og Island, 19. januar 2001

¹⁶ Rfo 2725/2000 EF og EP/Rfo 767/2008 EF, som gir regler om henholdsvis registrering av fingeravtrykk samt registrering av visum for asylsøkere i Europa, er her relevante.

¹⁷ Rfo 343/2003 EF, kapittel I, art. 2 litra c.

¹⁸ Ibid., kapittel II, art. 3.1

¹⁹FNs verdenserklæring om menneskerettigheter art. 14 anses som internasjonal sedvanerett, jfr. Bayegan, Harlem (2010) s. 229

kriteriene fastsatt i kapittel II er ansvarlig.” Denne bestemmelsen skal nettopp påse at kun ett av medlemslandene behandler en bestemt asylsøknad. Dersom en asylsøknad fremmes i et annet land enn det land som etter de oppstilte kriterier er ansvarlig, skal asylsøkeren tilbakeføres eller overføres til det aktuelle ansvarsland, etter reglene i forordningens kap. V. Den norske utlendingsloven slår i § 32 bokstav b fast at realitetsbehandling av en asylsøknad kan nektes dersom søkeren kan kreves mottatt av et annet land i Dublin- samarbeidet.

2.2.3 Regulering av ansvarsland

I Dublin II- forordningens kapittel III oppstilles kriteriene for å avgjøre ansvarslandet i den aktuelle asylsaken. Kriterienes trinnhøyde fremgår av artikkel 5.1: Kriteriene skal anvendes i den rekkefølge de er oppført i kapittelet.

Det første kriteriet baseres på hensynet til enslige mindreårige asylsøkere. I artikkel 6 oppstilles en regel om at det medlemslandet hvor familiemedlemmene lovlig befinner seg også skal være ansvarlig for den mindreårige asylsøkerens søknad. Dette under forutsetning av at dette er det beste for den mindreårige. I fravær av familiemedlem skal medlemsstaten hvor den mindreårige asylsøkeren har fremlagt sin søknad være ansvarlig for behandlingen av denne. Det andre kriteriet i hierarkiet søker å ivareta hensynet til familiens enhet, og oppstiller i artikkel 7 og 8 regler for forening av familiemedlemmer. Forutsetningen er at de berørte personer samtykker. Det tredje kriteriet pålegger ansvar for den stat som har utstedt oppholdstillatelse eller visum til asylsøkeren, jfr. artikkel 9. Det opplistes ulike prioriteringskriterier for de tilfeller hvor flere stater har utstedt slike dokumenter til samme person.

Artikkel 10 til 12 i forordningen oppstiller ansvar der hvor en stat anses for ikke å ha godt nok beskyttet Dublin- samarbeidets yttergrenser. De mest praktiske bestemmelsene her er at staten får ansvar for asylsøkeren på grunn av ulovlig grensepassering,²⁰ samt dersom asylsøkeren ulovlig har oppholdt seg i landet i mer enn 5 måneder.²¹

Endelig gjelder første asylland- regelen, som oppstilles i forordningens artikkel 13: ”Når det ikke kan avgjøres hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av asylsøknaden på grunnlag av kriteriene i denne forordning, skal medlemsstaten som først fikk fremlagt asylsøknaden, være ansvarlig for behandling.” Dersom asylsøkeren

²⁰ Rfo 343/2003 EF art. 10.1

²¹ Ibid. 10.2

søker asyl i et annet medlemsland i ettertid, og ingen andre av de oppstilte kriteriene er anvendelige, er det altså det landet hvor personen først søkte asyl som er ansvarlig. På grunn av Norges geografiske beliggenhet er dette en praktisk viktig bestemmelse for å nekte realitetsbehandling av asylsøknader.

2.2.4 Unntaksbestemmelser

Dublin II- forordningen inneholder imidlertid to unntaksklausuler som gir statene anledning til å realitetsbehandle asylsøknadene, til tross for at hovedregelen i art. 3.1 foreskriver et annet ansvarsland.²² For det første inneholder forordningen en suverenitetsklausul i art. 3.2: ”Som unntak fra nr. 1 kan hver medlemsstat behandle en asylsøknad den får fremlagt av en borger av et tredjeland, selv om slik behandling ikke er dens ansvar etter kriteriene fastsatt i denne forordning.” Vi ser at det her ikke stilles vilkår for bruk av unntaket. Benytter staten seg av denne adgangen, må den påta seg det ansvar som for øvrig følger av forordningen og eventuelt varsle det opprinnelige ansvarsland om at de overtar ansvaret for asylsøkeren.

Bruk av suverenitetsklausulen kan blant annet være aktuelt i tilfeller hvor det opprinnelige ansvarslandet ikke overholder sine internasjonale forpliktelser. Det har imidlertid tidligere vært lite bruk av denne klausulen i denne sammenheng.²³ Dette kan forklares både med at landene ikke ønsker å behandle flere asylsøknader enn det antall de er strengt pålagt, samt med at det opprinnelige ansvarslandet kan oppfatte en tilbakeholdenhet ved overføring/tilbakeføring til dette landet som kritikk.²⁴

I tillegg til suverenitetsklausulen inneholder art. 15 en humanitær klausul, som også gir statene hjemmel til å fravike hovedregelen om ansvarsland, dersom formålet er å ”føre familiemedlemmer samt andre forsørgede slektninger sammen av humanitære grunner, særlig av familiemessige eller kulturelle hensyn.” I den norske utlendingsloven er unntaksbestemmelsene gjennomført i § 32(2), hvor søknad om beskyttelse skal realitetsbehandles i Norge, tross Dublin-samarbeidet, dersom ”utlendingen har en tilknytning til riket som gjør at Norge er nærmest til å realitetsbehandle den”.²⁵

²² Dublin-konvensjonen inneholdt langt på vei de samme unntak, se dennes art. 3(4) og 9

²³ Vevstad (2006) side 201

²⁴ Ibid. Side 184

²⁵ I utlendingsforskriften § 7(4) 2. ledd er det presisert at unntak for andre tilfeller kun kan benyttes dersom det foreligger ”særlige grunner”.

2.2.5 Prosedyreregler

Prosedyrereglene deles i to kategorier: overføring av en asylsøker, eller tilbakeføring av denne. Reglene er imidlertid langt på vei sammenfallene for de to kategoriene, og oppstilles i forordningens kapittel V. Den ansvarlige medlemsstat er som hovedregel forpliktet til å overta ansvaret for asylsøkeren dersom dennes søknad er under behandling i landet, dersom den er trukket tilbake, eller dersom den er blitt avslått.

Der hvor en medlemsstat som har fått fremlagt en asylsøknad, sender en anmodning til en annen medlemsstat om å overta ansvar for en asylsøker, løper det som hovedregel en svarfrist på to måneder.²⁶ Dersom medlemsstaten ikke gir tilbakemelding innen denne fristen, anses anmodningen som etterkommet, og denne staten plikter å overta ansvaret for personen.²⁷ Ved å anse passivitet hos den anmodede staten som en stilltiende aksept, sikres effektivitet ved overføringen.

2.3 Annen relevant sekundærrett innen EU

EU har vedtatt flere direktiver som skal innføre felles minimumsstandarder for medlemslandenes asylsaksbehandling,²⁸ herunder direktiv om mottaksforhold for asylsøkere, asylprosedyrer, og hvem som skal gis status som flyktning.²⁹ Dette skal sikre at alle Dublinlandene er trygge mottakerland. Slik begrepet minimumsstandard tilsier, har statene anledning til å fastsette gunstigere regler for asylsøkere enn de som oppgis i direktivene.³⁰ Direktivene er imidlertid ikke fullt gjennomført i alle medlemsland,³¹ men har generelt sett ført til en forbedring av mottaksforholdene for asylsøkere i Europa.³² Kommisjonen har også fremlagt forslag til forbedringer av direktivene, som er ment å styrke asylsøkeres rettigheter i EU.³³ Direktivene er ikke bindende for Norge, da disse ikke inngår i Norges Dublinavtale med EU.

EU pålegger altså medlemslandene ulike plikter i forbindelse med behandlingen av asylsøkere i Europa. I det følgende skal det vurderes i hvilken grad disse reglene harmonerer med Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

²⁶ Ibid. art. 18.1. Ved tilbaketakelse er det en frist på én måned eller to uker, jfr. Art. 20.1 bokstav b.

²⁷ Ibid. 18.7 og 20.1 bokstav c.

²⁸ Forutsatt i Amsterdam-traktaten art. 63.

²⁹ Henholdsvis rådsdirektiv, 2003/9 EF, 2005/85/EF, 2004/83 EF.

³⁰ Ibid. henholdsvis art. 4, art. 5 og art. 3

³¹ Se rapportene fra UNHCR og Human Rights Watch i note 11.

³² Odysseus-nettverket (2006).

³³ COM(2009) 551 final, COM(2009) 554 final, COM(2008) 815 final.

3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 3

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er altså underlagt en sterkere grad av kontroll. I tillegg til at statene må rette seg etter dom fra EMD, kan domstolen pålegge konvensjonsstatene å gjennomføre, eller ikke å iverksette, ulike nasjonale tiltak, ved å anmode om bruk av midlertidig forføyning etter domstolens forretningsorden art. 39 (heretter Rule 39).³⁴

Til tross for at EMK ikke oppstiller en rett til å få innvilget asyl, er det flere artikler i konvensjonen som berører asylsøkeres stilling ved utsendelse fra et konvensjonsland. Det er likevel særlig EMK art. 3 som gir vern til asylsøkere i forbindelse med utsendelse. Denne bestemmelsen oppstiller, som nevnt, et forbud mot tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Forbudet er generelt og gjelder på alle områder.³⁵ I det følgende behandles EMK art. 3 generelt for utsendelsessaker, med fokus på problemstillinger som er aktuelle ved utsendelse etter Dublin II- forordningen. Først vil bestemmelsens anvendelsesområde bli gjennomgått (3.1), deretter dens innhold (3.2.), så hvilket beviskrav som oppstilles (3.3.), og til slutt typiske tilfeller hvor bruk av EMK art. 3 ved utsendelse i asylsaker er aktuelt (3.4). Her er både praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen og – kommisjonen viktig.³⁶

3.1 Anvendelsesområde - Det eksterrielle vernet i EMK art. 3

Etter EMK art. 1 forplikter konvensjonsstatene seg kun til å ”sikre enhver innen sitt myndighetsområde” de rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen. Den europeiske menneskerettighetskommisjonen og EMD har likevel innfortolket en eksterriell virkning³⁷ av konvensjonens art. 3. En slik virkning innebærer at en stat ikke kun er ansvarlig for å beskytte personer mot behandling i strid med EMK art. 3 innenfor sitt eget territorium. Staten kan også holdes ansvarlig ved utsendelse, dersom det foreligger konkrete holdepunkter for å tro at personen løper en reell risiko for å bli behandlet i strid med EMK art. 3 i mottakerlandet.³⁸ Et forbud mot utsendelse, non-

³⁴ Etter EMD sin egen praksis er pålegget bindende (Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia).

³⁵ Møse (2002) side 224

³⁶ Tidligere var kommisjonen ansvarlig for tolkningen. Domstolen er i dag ansvarlig, jfr. EMK art. 32

³⁷ Også andre begreper om denne virkningen er benyttet, herunder ”asylsurrogat” og ”non-refoulement”, se f.eks utlendingsloven kap. 9. EMD selv bruker imidlertid ”extraterritorial or implied application of Article 3” jfr. f.eks. de dissenterende dommere i Chahal mot Storbritannia.

³⁸ Dette ble første gang fastslått i Soering mot Storbritannia premiss 91

refoulement- prinsippet, er også inntatt i den norske utlendingsloven § 73, men EMK oppstiller en sterkere beskyttelse.³⁹

Bakgrunnen for at EMK art. 3 er gitt en slik virkning forklares både med hensynet til konvensjonens effektivitet, samt artikkel 3 sin absolutte karakter.⁴⁰ Det er eventuelt den nasjonale beslutningen om utsendelse som medfører brudd på EMK art. 3, uavhengig av om beslutningen blir effektivt.⁴¹ Eksterritorialvirkningen omfatter alle former for utsendelse av et individ fra en konvensjonsstat, herunder også utsendelse av asylsøkere til hjemlandet.⁴² Ettersom forbudet beror på om forholdene i mottakerlandet er i strid med EMK art. 3, skal innholdet i denne bestemmelsen kartlegges nærmere.

3.2 Innholdet i EMK art. 3

Risikoen ved utsendelse er altså knyttet til handlinger eller forhold i mottakerlandet, som i seg selv faller inn under EMK art. 3, og det er den alminnelige forståelsen av bestemmelsen som skal legges til grunn også ved en vurdering etter bestemmelsens eksterritorialvirkning.⁴³

Ordlyden i EMK art. 3 lyder etter norsk oversettelse som følger: ”Ingen må bli utsatt for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.”⁴⁴ Det er dermed tre typer behandling/straff som rammes av forbudet, og disse adskiller seg først og fremst i grovhet. Det skal her ikke foretas en grundig redegjørelse for de ulike alternativer, men innholdet i de ulike begrepene skal kort behandles.

Den europeiske menneskerettighetskommisjonen har uttalt følgende om torturalternativet: ”It is generally an aggravated form of inhuman treatment.”⁴⁵ I tillegg til en slik alvorlighetsgrad kreves det en bestemt hensikt for at tortur skal foreligge. Det er likevel alternativene umenneskelig og nedverdiggende behandling som er mest aktuelle for denne oppgaven. Umenneskelig behandling er av kommisjonen ansett for å dekke ”at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or

³⁹ EMK oppstiller ikke unntak. Norge er imidlertid bundet av EMDs praksis, jfr. Menneskerettighetsloven § 4.

⁴⁰ Emberland (1999) side 34

⁴¹ Aall (2007) side 169

⁴² Emberland (1999) side 37

⁴³ Se for eksempel saken Kozlov mot Finland.

⁴⁴ Menneskerettighetsloven (mnskrl.) vedlegg 2

⁴⁵ Yb 12 (1969) side 186 jfr. Aall (2006) s. 150

physical, which, in the particular situation, is unjustifiable”.⁴⁶ EMD har etter denne definisjonen fastslått umenneskelig behandling i tilfeller hvor behandlingen er planlagt, er foregått over lengre tid og har forårsaket enten legemsskade eller intens fysisk eller psykisk smerte.⁴⁷

Om nedverdiggende behandling har kommisjonen uttalt at dette kan foreligge ”if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience.”⁴⁸ EMD har i flere saker ansett internering av asylsøkere for å innebære nedverdiggende behandling.⁴⁹ I saken S.D. mot Hellas ble for eksempel internering av en asylsøker i to måneder i et rom med skittent sengetøy og mangelfulle hygieneprodukter, uten adgang til å bevege seg utendørs, eller til å foreta telefonsamtaler, ansett for å være i strid med EMK art. 3.

Generelt kan det sies om forbudet i EMK art. 3 at behandlingen må overstige ”a minimum level og severity”.⁵⁰ Denne terskelen er relativ og beror på alle sakens omstendigheter.⁵¹ Det faktum at offeret er asylsøker vil kunne være et selvstendig moment, og vi kommer tilbake til dette i den videre redegjørelsen. Forbudet i EMK art. 3 er også absolutt og kan ikke under noen omstendighet fravikes.⁵² Det foreligger altså et forbud mot å sende asylsøkere til et mottakerland i Dublinsamarbeidet, dersom det foreligger risiko for en behandling som her foreskrevet. Spørsmålet blir således hvilket beviskrav som oppstilles for risikovurderingen.

3.3 Beviskrav – reell risiko

Det må foreligge en reell risiko for brudd på EMK art. 3 i mottakerlandet, for at senderstaten skal være forhindret fra å overføre/tilbakeføre asylsøkeren.⁵³ Ved vurderingen av om slik risiko er til stede, kreves det ”substantial grounds”, konkrete holdepunkter,⁵⁴ og klageren har her en relativt streng bevisbyrde.⁵⁵ I Vilvarajah- saken

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Aall (2007) side 150

⁴⁸ Yb 12 (1969) side 186 jfr. Aall (2007) side 151

⁴⁹ S.D. mot Hellas, Tabesh mot Hellas, A.A. mot Hellas

⁵⁰ Se for eksempel Tyrer mot Storbritannia

⁵¹ Soering mot Storbritannia premiss 100

⁵² Dette er uttrykkelig fastslått i EMK art. 15.2

⁵³ Soering mot Storbritannia premiss 91

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Aall (2007) side 170

uttalte EMD også at prøvingen av om det foreligger risiko for mishandling i strid med EMK 3 ved utsendelse måtte være inngående.⁵⁶

I denne saken innklagde fem tamiler Storbritannia for EMD, med påstand om at de ved tilbakesendelse til hjemlandet hadde risikert umenneskelig behandling i strid med EMK art. 3. Til tross for at det på utsendelsestidspunktet eksisterte en ”possibility”⁵⁷ for at de kunne bli internert og mishandlet, ble dette ikke ansett for å være tilstrekkelig for konvensjonsbrudd. Det ble vist til at situasjonen for de fem klagerne ikke kunne anses å være verre enn for øvrige unge, mannlige tamiler som returnerte til Sri Lanka på dette tidspunkt.⁵⁸ EMD uttaler: “A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3.”⁵⁹ Sannsynlighetskravet, ”reell risiko”, var dermed ikke oppfylt.

Om det foreligger en reell risiko for behandling i strid med EMK art. 3, må vurderes ut i fra forholdene i mottakerlandet, samt ut i fra den antatte situasjonen for personer med klagerens bakgrunn.⁶⁰ Det er også slik at risikoen for klageren må fremstå som individualisert, slik EMD presiserer i sin uttalelse om mannlige tamiler som returnerer til Sri Lanka i Vilvarajah. I tillegg er det situasjonen på utsendelsestidspunktet som er utgangspunktet for risikovurderingen.⁶¹ Dette forklarer at domstolen i Vilvarajah ikke vektla at tre av klagerne faktisk hadde blitt mishandlet etter retur til Sri Lanka.⁶² Dersom utsendelse ennå ikke er gjennomført, er det domstidspunktet som er avgjørende.⁶³

Det er også i teorien hevdet at terskelen for å anse risikoen for reell vil være relativ i forhold til den påståtte behandlingens alvorlighetsgrad.⁶⁴ Dersom det er fare for liv vil dermed bevisterskelen være lavere enn ved tale om mindre inngripende behandling eller straff.

Det påhviler dermed konvensjonsstatene generelt et ansvar for ikke å sende utlendinger ut av landet, dersom det foreligger konkrete holdepunkter for å tro at personen løper en

⁵⁶ Vilvarajah mot Storbriannia premiss108

⁵⁷ Ibid. premiss 111

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Einarsen (1990) side 370

⁶¹ Møse (2002) side 225, jfr. Cruz Varas mfl. mot Sverige. Her om utvisning, men dette må anses å gjelde utsendelse generelt.

⁶² Vilvarajah mot Storbritannia premiss 112

⁶³ Chahal mot Storbritannia premiss 86

⁶⁴ Einarsen (1990) s. 371

reell risiko for behandling i strid med EMK art. 3 i mottakerlandet. I det følgende behandles typiske situasjoner hvor slik risiko kan være aktuell i forhold til utsendelse etter Dublin II- forordningen.

3.4 Typiske tilfeller som er aktuelt ved utsendelse

3.4.1 Mangelfullt asylregime

Ved retur etter Dublinsystemet kan utsendelsesforbudet være aktuelt i forhold til flere situasjoner i mottakerlandet. For det første kan det foreligge risiko for behandling i strid med EMK art. 3 dersom mottakerlandet har mangelfullt asylregime. Mangelfullt asylregime er tilfellet dersom det er vanskelig å få tilgang til asylprosedyren, dersom vurderingen av asylsøknaden er mangelfull, dersom det er manglende overprøving av avslag, samt der hvor asylsøkeren ikke har mulighet til å anmode EMD om å iverksette midlertidig forføyning etter Rule 39 for å hindre utsendelse.⁶⁵ Dette kan i verste fall innebære at asylsøkeren blir sendt til et område hvor han risikerer behandling eller straff i strid med EMK art. 3 uten at hans behov for beskyttelse er tilstrekkelig vurdert på forhånd.⁶⁶

3.4.2 Konvensjonsstridig internering

For det andre kan brudd på EMK art. 3 ved utsendelse også foreligge på grunn av konvensjonsstridige interneringsforhold. Hellas er, som nevnt ovenfor, flere ganger dømt for nedverdiggende behandling ved internering av asylsøkere. Dette innebærer at senderstaten også kan bryte EMK art. 3 dersom det foreligger risiko for slik internering av asylsøkere i mottakerlandet.

3.4.3 Tunge sosiale hensyn

Den tredje angrepsvinkelen ved utsendelse etter Dublin II- forordningen er tunge sosiale hensyn. Dersom en person sendes ut av landet, til tross for at sosiale/humanitære forhold i mottakerlandet medfører en behandling i strid med EMK art. 3, kan dette medføre en krenkelse av konvensjonen.

Dette var tilfellet i saken D. mot Storbritannia, hvor en aidssyk mann ble utvist fra Storbritannia til St. Kitts, hvor han verken hadde slekt eller venner, og dermed ville bli

⁶⁵ Se flertallets vurdering av de greske asylprosedyrene i M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 265 flg.

⁶⁶ Eventuelt kan dette landet igjen sende ham videre til land som foretar slik behandling/straff (kjede-
refoulement jfr. Vestad (2006) s. 168

overlatt til seg selv for å dø. Da det også var usikkerhet rundt helsetilbudet han ville bli tilbudt på St. Kitts, ble det fastslått at overføringen av ham til hjemlandet ville føre til en raskere død samt akutt psykisk og fysisk lidelse.⁶⁷ Domstolen kom derfor til at det forelå reell risiko for umenneskelig behandling i strid med EMK dersom klageren ble utvist fra Storbritannia, og dette landet ble dermed ansett for å ha brutt EMK art. 3. Som begrunnelse ble det vist til EMK art. 3 sin absolutte karakter.⁶⁸

Konvensjonsstridig behandling kan dermed også foreligge på grunn av sosiale forhold i mottakerstaten. Rekkevidden av D. mot Storbritannia begrenses imidlertid ved at det var tale om ”exceptional circumstances”.⁶⁹ EMD har likevel oppstilt ansvar etter EMK art. 3 også ved utsendelse av asylsøkere etter Dublinsystemet, der hvor disse er blitt sendt til mottakerland som ikke i tilstrekkelig grad ivaretar deres elementære sosiale behov. Dette kommer vi tilbake til under saken M.S.S. mot Belgia og Hellas.⁷⁰

Hittil er den generelle rekkevidden av utsendelsesforbudet i EMK art. 3 behandlet. I det følgende skal det gås nærmere inn på ansvaret pålagt konvensjonsstatene etter denne bestemmelsen, ved overføring/tilbakeføring av asylsøkere etter Dublinsystemet.

4 Tidligere praksis fra EMD som angår utsendelse av asylsøkere i henhold til Dublinsystemet

Det skal her redegjøres for avgjørelser som omhandler utsendelse av asylsøkere i henhold til Dublinsamarbeidet i forkant av saken M.S.S. mot Belgia og Hellas. T.I. mot Storbritannia og K.R.S. mot Storbritannia. Det er likevel først nødvendig å klargjøre i hvilken grad EMD kan prøve de nasjonale utsendelsesvedtakene, som er hjemlet i regler gitt av det overnasjonale organet EU.

4.1 Utgangspunktet for prøving av EUs Dublinsamarbeid

Alle EUs medlemsstater er forpliktet etter EMK, og EMD kan i utgangspunktet overprøve alle deres statshandlinger. Når konvensjonsstatene overfører/tilbakefører asylsøkere i henhold til Dublin II- forordningens art. 3.1, handler de imidlertid i tråd

⁶⁷ D. mot Storbritannia premiss 52

⁶⁸ Ibid. premiss 49

⁶⁹ Ibid. Premiss 63

⁷⁰ Se særlig punkt 6.1.2.2 om M.S.S. mot Belgia og Hellas og Sufi og Elmi mot Storbritannia

med en internasjonal samarbeidsavtale. Hensynet til effektiv gjennomføring av slikt samarbeid tilsier en restriktiv overprøving av statshandlinger som springer ut fra internasjonale avtaler. Dette hensynet må likevel veies opp mot faren for en uthuling av EMKs rettighetsvern, da man i motsatt fall risikerer at statene kan fraskrive seg alt ansvar etter EMK, ved overføring av kompetanse til internasjonale organer.⁷¹

En avveining av disse hensynene innebærer at statshandlinger utført for å oppfylle internasjonale, juridiske forpliktelser er rettmessige så lenge den aktuelle organisasjonen beskytter grunnleggende rettigheter på en sammenlignbar måte som EMK. Dette ble fastslått i EMD- dommen Bosphorus mot Irland.⁷² Dersom et slikt vern kan fastslås, og staten kun oppfyller juridiske forpliktelser pålagt av den aktuelle organisasjonen, oppstilles en presumsjon om konvensjonskonformitet.⁷³ Denne presumsjonen ble fastslått for EUs EF-rett, noe som også omfatter Dublin II-forordningen.⁷⁴

Presumsjonen gjelder imidlertid kun dersom statshandlingen springer ut fra strenge, juridiske forpliktelser pålagt av EU.⁷⁵ Dette kan ikke sies å være tilfellet for plikten om å overføre/tilbakeføre asylsøkere etter Dublin II- forordningens art. 3.1, da statene her kan benytte unntaksadgangen i suverenitetsklausulen. Ettersom man er utenfor presumsjonen kan EMD dermed prøve statenes utsendelsesvedtak fullt ut.⁷⁶

I det følgende skal vi se nærmere på to avgjørelser som nettopp omhandler EMDs prøving av nasjonale utsendelsesvedtak, fattet med hjemmel i Dublinsamarbeidet.

4.2 T.I. mot Storbritannia 7. mars 2000

I saken T.I. mot Storbritannia klaget en srilankisk flyktning inn Storbritannia for menneskerettsdomstolen med påstand om brudd på EMK artikkel 2, 3, 8 og 13. Klageren hevdet at myndighetene ved å fatte vedtak om tilbakesendelse til Tyskland i henhold til Dublinkonvensjonen, brøt sine forpliktelser etter EMK. Han hadde her fått

⁷¹ Fredriksen og Skodvin (2006) side 530

⁷² Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi mot Irland (Heretter Bosphorus mot Irland), premiss 155. EMD prøvde i denne saken om et irsk vedtak om å beslaglegge et jugoslavisk fly, fattet med hjemmel i en EF- forordning, stred mot retten til "peaceful enjoyment of possessions", oppstilt i EMKs 1. tilleggsprotokoll art. 1

⁷³ Ibid. premiss 156

⁷⁴ Rekkevidden av presumsjonen er noe omdiskutert, se Fredriksen og Skodvin (2006) side 545. Området for frihet, sikkerhet og rettferdighet faller imidlertid inn under den tidligere EF- retten, jfr. Amsterdamtraktaten art. 61-69

⁷⁵ Bosphorus mot Irland premiss 157

⁷⁶ Slått fast i M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 340

avslag på sin søknad om asyl, da Tyskland opererte med et snevrere flyktningbegrep.⁷⁷ Klageren hevdet at dersom han ble returnert fra Tyskland til Sri Lanka, ville han her bli torturert og utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3.

I avgjørelsen tas det utgangspunkt i den generelle praksis for EMKs eksterritorielle virkning, slik den er fremstilt under punkt 3. Konvensjonsstatene er også ved overføring etter Dublinkonvensjonen forpliktet til å ikke foreta utsendelse, dersom det foreligger konkrete holdepunkter for å tro at personen vil løpe en reell risiko for å bli utsatt for behandling i strid med EMK art. 3 i mottakerlandet.⁷⁸ Det faktum at det er tale om overføring til en annen konvensjonsstat endrer ikke dette.⁷⁹ Staten kan heller ikke fraskrive seg ansvar ved å overføre myndighet til internasjonale organisasjoner, da dette ville være i strid med konvensjonens formål.⁸⁰

Etter en vurdering av den konkrete risikoen klageren løper ved retur til Sri Lanka, uttaler EMD at det er grunn til bekymring i forbindelse med forfølgelse fra både LTTE og statlige styrker.⁸¹ EMD vurderer så om Tysklands asylregime tilbyr en effektiv beskyttelse mot returnering til Sri Lanka, og vektlegger at det er mulighet for ny behandling av asylsøknaden. Et eventuelt avslag kan også påklages. Det uttales imidlertid at det er små sjanser både for en ny vurdering av søknaden, samt for at denne søknaden vil bli etterkommet. En ny behandling innebærer strenge bevisføringsregler og det er den samme, strenge forståelse av flyktningbegrepet som ligger til grunn.⁸²

En diskresjonær bestemmelse i tysk rett, som kan gi beskyttelse i tilfeller hvor asylsøkeren risikerer behandling i strid med EMK art 3 ved retur, blir likevel avgjørende. Det finnes sterke argumenter som tilsier at denne bestemmelsen ikke gir tilstrekkelig beskyttelse,⁸³ men domstolen uttaler at “on the basis of the assurances given by the German Government concerning its domestic law and practice, the Court is satisfied that the applicant’s claims, if accepted by the authorities, could fall within the scope of section 53(6) and attract its protection”.⁸⁴ Domstolen anser seg dermed betrygget av tyske myndigheter, tross at det kun er *dersom* myndighetene aksepterer

⁷⁷ Tyskland anså ikke forfølgelse fra ikke- statlige grupperinger for å gi status som flyktning, jfr. T.I. mot Storbritannia side 3

⁷⁸ T.I. mot Storbritannia side 14

⁷⁹ Ibid. Side 15

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid. side 16

⁸² Ibid. side 17

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

klagerens nye søknad, at han vil *kunne* gis subsidiær beskyttelse. Risikoen for refoulement til Sri Lanka anses etter dette ikke for å være tilstrekkelig konkret og presis, og britiske myndigheters vedtak om utsendelse til Tyskland representerer ikke brudd på EMK art. 3. Saken blir dermed avvist som åpenbart grunnløs.

Avgjørelsen er i tråd med tidligere praksis på området. Risikovurderingen foretas på domstidspunktet, da klageren ennå ikke er tilbakeført til Tyskland. I tillegg er terskelen for å bevise at det foreligger en reell risiko for behandling i strid med EMK art. 3 ved utsendelse høy, og bevisbyrden påhviler i hovedsak klageren.

4.3 K.R.S. mot Storbritannia, 2. desember 2008

Saken omhandlet en Iraner tilbakeført fra Storbritannia til Hellas med grunnlag i Dublin II- forordningen, desember 2006. I juli 2008 var klageren ennå ikke sendt tilbake til Hellas, da EMD hadde iverksatt midlertidig forføyning og stanset returen etter Rule 39. Klageren anførte at utsendelsesvedtaket medførte brudd på EMK art. 3, og retten vurderte også brudd på EMK art. 13. EMD kom imidlertid enstemmig til at saken skulle avvises som åpenbart grunnløs.

Retten tar igjen utgangspunkt i sin tidligere praksis, når den uttaler at statenes ansvar ved utsendelse kan medføre ansvar etter EMK, dersom det er fremlagt konkrete holdepunkter for å tro at asylsøkeren ved utsendelse løper en reell risiko for behandling i strid med art. 3.⁸⁵ Vurderingen av om det foreligger en slik reell risiko må være streng,⁸⁶ slik det ble fastslått i Vilvarajah mot Storbritannia. Dersom kravet er oppfylt, er staten forpliktet til ikke å returnere personen til det aktuelle landet.⁸⁷

Retten går så inn og vurderer Storbritannias ansvar i den konkrete saken. Domstolen viser til uttalelsen i T.I. mot Storbritannia og understreker igjen at utsendelse via et mellomland ikke fraskriver senderlandet ansvar, dersom asylsøkeren blir behandlet i strid med EMK i det endelige mottakerlandet.⁸⁸ Når det i T.I.- saken ble slått fast at statene ikke automatisk kunne basere seg på ordningene oppstilt i Dublinkonvensjonen, må det samme også gjelde i forhold til Dublin II- forordningen.⁸⁹

Domstolen gjennomgår relevant EU-rett, nasjonal rett i Storbritannia, relevant materiale fra Europarådet, samt rapporter fra objektive informasjonskilder som UNHCR og andre

⁸⁵ K.R.S. mot Storbritannia side 15

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid. side 16

⁸⁹ Ibid.

organisasjoner. EMD fastslår etter dette at det ikke er fare for at klageren blir returnert til hjemlandet, Iran, da materialet i dommen tyder på at Hellas for tiden ikke praktiserer utsendelser til dette landet.⁹⁰ Storbritannia kan dermed ikke på denne bakgrunn hindres i å returnere den aktuelle asylsøkeren til Hellas.

Når det gjelder mottaksforholdene, noterer EMD seg at Dublin II- forordningen må sees i lys av de øvrige direktivene, mottaks- og prosedyredirektivet, som Hellas er pålagt å følge.⁹¹ Den konkrete situasjonen for asylsøkere i Hellas, som fremkommer i rapportene fra uavhengige organisasjoner, blir ikke drøftet inngående, og det uttales kort at ”The presumption must be that Greece will abide by its obligations under those Directives.”⁹² Domstolen viser i denne sammenheng til det nye rammeverket for asylsøknader som er under utvikling i Hellas.

Domstolen uttaler videre at det er ”nothing in the materials before the Court which would suggest”⁹³ at de som returneres til Hellas etter Dublin II- forordningen risikerer å bli utsendt til tredjeland hvor de vil utsettes for behandling i strid med EMK art. 3, uten å få anledning til å anmode EMD om bruk av Rule 39. Igjen presumeres det at Hellas her vil handle i tråd med sine forpliktelser, når det ikke foreligger bevis på det motsatte. Klagerens påstander om brudd på EMK art. 3 og 13 på grunn av en mulig utsendelse til Iran bør dermed være gjenstand for en anmodning om bruk av Rule 39 mot Hellas etter klagerens retur hit, og ikke mot Storbritannia.⁹⁴

Vi ser dermed at EMD først og fremst konsentrerer seg om brudd på EMK art. 3 i forhold til risiko for utsendelse til tredjelandet Iran. Det uttales for øvrig at informasjonen om interneringsforholdene i Hellas ”is of some concern”,⁹⁵ men at konvensjonsklager på bakgrunn av disse forholdene i første omgang bør forfølges overfor greske myndigheter, og deretter eventuelt ved en klage til EMD. Foruten å avslå at det foreligger reell risiko for refoulement til Iran, foretar dermed ikke retten en inngående vurdering av om internerings- og leveforholdene i Hellas faller inn under EMK art. 3. EMD distanserer på denne måten senderstaten fra et eventuelt ansvar for brudd på EMK art. 3 i Hellas, da en klage først og fremst skal rettes mot mottakerlandet selv.

⁹⁰ Ibid. Side 17

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid. side 18

⁹⁵ Ibid. side 18

4.4 Kort om norsk praksis

EMDs praksis er blitt fulgt opp av konvensjonsstatene i ettertid, også her i Norge. I UNEs stornemndvedtak av 1. februar 2010 ble det vurdert om Norge hadde brutt sine internasjonale forpliktelser ved å fatte vedtak om retur av en irakisk asylsøker til Hellas, i tråd med hovedregelen i Dublin II- forordningen. Det understrekes at det i K.R.S. mot Storbritannia ikke var fare for refoulement ved tilbakesendelse til Hellas, og at landet her ble presumert å overholde sine internasjonale forpliktelser. Stornemnda kan dermed ikke se at det er klare holdepunkter for at asylsøkeren vil bli videresendt fra Hellas, verken direkte til Irak eller via Tyrkia.

Nemnda uttaler at ”man i en konkret sak kan komme til at asylsøknaden skal realitetsbehandles i Norge grunnet klagerens sårbarhet eller svake forutsetninger for å kunne ivareta sine rettigheter som asylsøker vurdert opp mot det aktuelle nasjonale asylsaksbehandlingssystem”.⁹⁶ Stornemndas flertall bemerker også at asylprosedyren i Hellas er mangelfull, men at det i utgangspunktet er anledning til å få asylsøknaden behandlet. Søkeren anses ikke som sårbar, tross hans helseplager, og har dermed gode nok forutsetninger for å ivareta sine rettigheter i Hellas. Klageren får dermed ikke medhold, men stornemnda understreker at vurderingen kan falle ut på en annen måte, dersom situasjonen for asylsøkere i Hellas blir ytterligere forverret.

Av publiserte avgjørelser på Lovdata, er det kun funnet én dom som omhandler forholdet til EMK art. 3 ved utsendelse til europeiske stater i henhold til Dublin II- forordningen. En dom fra Borgarting Lagmannsrett, 26.februar 2010.⁹⁷ Saken gjaldt en kurder som var oppvokst i Tyrkia og her hadde blitt fratatt sitt statsborgerskap som følge av militærnekt. Han hadde opprinnelig søkt asyl i Tyskland, men søknaden var avslått. Han anførte som asylgrunn at han var ettersøkt av tyrkisk etterretning på grunn av politisk aktivitet blant kurdere, og påstod at han ved en tilbakeføring til Tyskland ville bli returnert herfra til Tyrkia, i strid med blant annet non- refoulementprinsippet.

Etter en nærmere vurdering av utlendingsloven, uttaler retten følgende: ”Det må legges til grunn at norske myndigheter har et selvstendig ansvar for at retur til første asylsøkerland er trygt (...). Det er bare der det er *konkrete holdepunkter* for å stille spørsmål ved praksis i noen av de andre medlemslandene, at det vil være aktuelt å

⁹⁶ UNE stornemndsavgjørelse, sammendrag, N104983316 side 3

⁹⁷ LB-2009-143086 - LB-2009-62723 (Borgarting)

foreta undersøkelser.”⁹⁸ Domstolen understreker at praksisen samsvarer med vernet etter EMK art. 3, og viser til uttalelser fra K.R.S. mot Storbritannia.

Lagmannsretten er ikke overbevist om at klageren vil få sin asylsøknad behandlet på ny i Tyskland. Likevel vektlegges det at Tyskland er forpliktet til å vurdere utvisning opp mot non- refoulementprinsippet på utvisningstidspunktet. Ved negativt utfall må klageren utnytte ankemulighetene i Tyskland, UNE er ikke forpliktet til å realitetsbehandle søknaden. Asylsøkeren får dermed ikke medhold.

Vi ser av de gjennomgatte avgjørelsene at dommene fra EMD er viktige faktorer i norsk praksis. Det er dermed av interesse å gjennomgå en senere dom fra EMD som omhandler samme problemstilling, men som får det motsatte resultat.

5 M.S.S. mot Belgia og Hellas

I dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas slår altså EMD fast at Belgia brøt EMK art. 3 ved å vedta utsendelse av en asylsøker til Hellas. Avgjørelsen blir dermed viktig for å fastlegge omfanget av statenes ansvar ved utsendelse i henhold til Dublin II-forordningen. I det følgende redegjøres for sakens omstendigheter i 5.1, domstolens begrunnelse i 5.2, en kritikk av dommen i 5.3 og realpolitiske motiver for domsresultatet i 5.4.

5.1 Sakens omstendigheter

Redegjørelsen av sakens omstendigheter deles opp i faktum (5.1.1), klagerens påstander (5.1.2) og flertallets konklusjon (5.1.3).

5.1.1 Faktum⁹⁹

Saken omhandler en mannlig afghaner som reiste fra Kabul, via Iran og Tyrkia, til Hellas ved hjelp av menneskesmuglere. For dette betalte han 12.000 dollar. I Hellas ble fingeravtrykkene hans registrert 7. desember 2008, men han presenterte ikke her asylsøknad. Han reiste i stedet videre til Belgia, hvor han innleverte slik søknad i

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Gjengitt i M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 9- 53

februar 2009. Han hevdet å risikere forfølgelse i hjemlandet på grunn av at han hadde jobbet som tolk for NATO- styrkene.

Ettersom asylsøkeren først hadde kommet inn i EU via Hellas, anmodet belgiske myndigheter dette landets myndigheter om å overta ansvaret for asylsøkeren, 18. mars 2009. Det ble 19. mai 2009 fattet vedtak om utsendelse fra Belgia til Hellas, i henhold til hovedregelen om ansvarland i Dublin- II forordningen artikkel 3.1. Dette til tross for at UNHCR i april samme år i et brev til belgiske myndigheter hadde anbefalt å stanse alle returer til Hellas, da det her var mangler ved asylprosedyren og mottaksforhold for asylsøkere. Tilbakeføringsdato for M.S.S. ble satt til 29. mai og han ble i mellomtiden plassert på lukket internering for illegale immigranter.

Utsendelsesvedtaket ble anket til klageinstansen med anmodning om utsatt iverksettelse etter en såkalt "extremely urgent procedure". Dette ble gjort samme dag som søkeren skulle sendes ut, og høringen ble satt med én times varsel. Saken ble imidlertid avvist ettersom verken klageren eller hans advokat møtte opp til klagebehandlingen. Klageren nektet for øvrig å gå om bord i flyet 29. mai og han ble igjen internert.

Den 4. juni bekreftet greske myndigheter at de var ansvarlig for den aktuelle asylsøkeren i et standardskriv til belgiske myndigheter. Ny utreisedato til Hellas med eskorte ble satt til 15. juni, men 11. juni anla klageren sak ved EMD og anmodet samtidig om bruk av midlertidig forføyning for å stanse returen til Hellas, etter Rule 39. EMD avviste imidlertid anmodningen og viste til at Hellas ble ansett for å ville overholde sine internasjonale forpliktelser, samtidig som greske myndigheter skulle holde domstolen informert om saksbehandlingen for søknaden. Klageren ble dermed tilbakeført til Hellas i henhold til fastsatt utreisedato, hvor han ved ankomst ble internt på flyplassen i fire dager. Han påstod at interneringsforholdene var svært dårlige. Da han slapp ut bodde han på gata i Athen, uten særlig hjelp fra greske myndigheter.

I tiden etter asylsøkerens ankomst til Hellas mottok ikke EMD tilstrekkelig informasjon om hans situasjon fra greske myndigheter, samtidig som det forelå risiko for at klageren kunne bli returnert til Afghanistan. Domstolen anmodet dermed 2. juli, i henhold til Rule 39, Hellas om ikke å returnere klageren til Afghanistan i påvente av avgjørelse i saken.

Før saken kom opp for EMD forsøkte klageren å reise til Italia med falske identitetspapirer. Da han ble oppdaget av greske myndigheter ble han igjen internert i syv dager på samme sted, og han påstod at han her blant annet ble banket av politiet.

Etter igjen å ha sluppet ut levde klageren under svært vanskelige forhold i Hellas, uten bosted, samt problemer med asylprosedyren. EMD besluttet i november 2009 å behandle saken i storkammer etter EMK art. 30, og behandlingen ble berammet til høsten 2010.

Høsten 2010 forsøkte klageren igjen å forlate Hellas til fordel for Italia. Denne gangen ble han stoppet og ført til den tyrkiske grensen for utsendelse, men i siste øyeblikk ble denne beslutningen omgjort. I følge klageren på grunn av at tyrkisk politi var til stede.

5.1.2 Klagerens påstander

Klageren fremsatte anførsler om brudd på EMK overfor både Hellas og Belgia. Han påstod at Hellas hadde brutt EMK artikkel 3 på grunn av internerings- og leveforholdene han hadde måttet gjennomgå her. I tillegg hevdet han at Hellas hadde brutt EMK art. 13 sammenholdt med art. 2 og 3 da behandlingen av asylsøknaden var mangelfull. Klageren anførte videre at Belgia hadde brutt art. 3 ved å utsette ham for farene ved det mangelfulle asylregimet i Hellas. I tillegg anførte han at Belgia hadde krenket art. 3 ved å utsette ham for internerings- og leveforhold i strid med artikkel 3. Endelig anførte han at Belgia hadde brutt artikkel 13, da klageren ikke hadde hatt reelle muligheter til en effektiv prøving av utsendelsesvedtaket.

Både Hellas og Belgia tilbakeviste disse påstandene. Storbritannia, Nederland, UNHCR, og Europarådets menneskerettskommisær opptrådte som partshjelpere.

5.1.3 Flertallets konklusjon

Flertallet i EMDs storkammeravgjørelse kom til følgende konklusjon:¹⁰⁰

Saken mot Hellas: staten anses å ha brutt forbudet mot umenneskelig og nedverdiggende behandling i artikkel 3, på grunn av klagerens interneringsforhold (enstemmighet), det foreligger brudd på artikkel 3 på grunn av klagerens leveforhold (dissens: 16-1). Hellas har også brutt artikkel 13 kombinert med artikkel 3 på grunn av mangelfull behandling av klagerens asylsøknad, samt på grunn av risikoen for utsendelse til Afghanistan uten en seriøs behandling av asylsøknaden og uten mulighet for en effektiv rettergang (enstemmighet).

¹⁰⁰ Kun de mest sentrale punktene i konklusjonen er tatt med, slik at fremstillingen ikke er identisk med de 17 punktene oppstilt i dommen, se M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 424

Saken mot Belgia: Belgia har brutt artikkel 3 ved å beslutte tilbakesendelse av klageren til Hellas, og på denne måten utsatt klageren for fare på bakgrunn av den mangelfulle asylprosedyren i Hellas (dissens 16-1). Staten har også brutt art. 3 ved å beslutte tilbakesendelse av klageren til Hellas, da den slik utsatte klageren for internerings- og leveforhold i strid med artikkel 3 (dissens: 15-2) I tillegg har Belgia brutt artikkel 13 kombinert med artikkel 3 (enstemmighet). EMD fant at det ikke var grunnlag for å vurdere noen av klagerens anførsler om brudd på artikkel 2.

5.2 Domsgrunnene i M.S.S. mot Belgia og Hellas

Da det er senderlandets ansvar etter EMK art. som er tema for oppgaven, vil flertallets argumentasjon i forhold til Belgias ansvar etter denne bestemmelsen bli gjennomgått i det følgende. Først behandles ansvaret pålagt Belgia i forhold til mangelfullt asylregime i Hellas (5.2.1), deretter ansvar i forbindelse med mottakerlandets internerings- og leveforhold (5.2.2).

5.2.1 Belgias ansvar etter EMK art. 3 på bakgrunn av å ha utsatt klageren for mangelfullt asylregime i Hellas

EMDs uttalte begrunnelse er omfattende og vil nødvendigvis kreve en omstendelig redegjørelse. Begrunnelsen deles opp i relevante rettskilder (5.2.1.1.), EMDs bruk av egen praksis (5.2.1.2), Belgias kunnskap på utsendelsestidspunktet (5.2.1.3), betydningen av forsikringer (5.2.1.4), Rule 39 (5.2.1.5), adgangen til å gå til sak mot senderlandet (5.2.1.6) og individualisering av risiko (5.2.1.7).

5.2.1.1 Relevante rettskilder

I saken tas det utgangspunkt i Flyktningkonvensjonen og EMK. I tillegg redegjøres det for Dublinsystemet og det vises til EU-retten generelt. Aktuelle bestemmelser både i Maastricht- og Amsterdam-traktaten trekkes frem, samt EUs menneskerettighets charter, med retten til asyl i artikkel 18. Dette er i tråd med EMDs rettskildebruk.¹⁰¹ Domstolen viser også i stor grad til egen praksis, samt praksis fra nasjonale domstoler.¹⁰² Det er også trukket frem aktuelle rapporter fra uavhengige organisasjoner. Disse anses ikke

¹⁰¹ EMD slår i Bankovic m.fl. mot Belgia etc. fast at EMK må tokes i lys av reglene oppstilt i Wienkonvensjonen om traktatretten, hvor blant annet avtaler inngått av partene er relevante (art. 31(3)).

¹⁰² EMDs egne avgjørelser anses som en viktig rettskilde, men er ikke bindende for EMDs senere avgjørelser. Jfr. forutsetningsvis EMK art. 32 og 44, og argumentasjonen i Stafford mot Storbritannia og Christine Goodwin mot Storbritannia.

som rettskilder i EMD, men behandles som beviser i forbindelse med risikovurderingen. Først tolker EMD egen praksis og det skal ses nærmere på denne vurderingen.

5.2.1.2 EMDs bruk av egen rettspraksis

I forkant av å gå inn på faktum i saken, klargjør domstolen sin prøvingsrett ved å vise til Bosphorus- avgjørelsen.¹⁰³ Etter å ha vurdert presumsjonen oppstilt i denne dommen, opp mot unntaksadgangen i Dublin II- forordningens suverenitetsklausul, fastslår flertallet at EMD kan prøve saken fullt ut.¹⁰⁴ Dette er i samsvar med det vi ovenfor har sett om EMDs prøvingsadgang.

Retten går så nærmere inn på en tolkning av statenes ansvar etter EMK art. 3, og tar utgangspunkt i de to nevnte avgjørelsene, T.I. og K.R.S. mot Storbritannia. Læresetningen om at staten kan holdes ansvarlig for utsendelse via andre konvensjonsstater, dersom det foreligger reell risiko for at personen vil bli utsendt herfra i strid med EMK art. 3, repeteres.¹⁰⁵ I tillegg minner domstolen om at konvensjonsstatenes overføring av kompetanse til overnasjonale organer, ikke fraskriver staten ansvar etter konvensjonen.¹⁰⁶ Når statene anvender Dublin II- forordningen må de dermed forsikre seg om at mottakerlandets asylprosedyre tilbyr tilstrekkelige garantier for å forhindre at en asylsøker blir utsendt, direkte eller indirekte, uten at det først foretas en vurdering av risikoen han løper i forhold til EMK art. 3.¹⁰⁷ EMD oppstiller slik det samme rettslige utgangspunkt som i tidligere praksis, og informasjonen som forelå på tidspunktet M.S.S. ble bortvist blir avgjørende for Belgias ansvar.

5.2.1.3 Belgias kunnskap på utsendelsestidspunktet

EMD understreker at informasjonen på tidspunktet for domsavsigelse i K.R.S. tilsa at Hellas ikke returnerte personer til Iran, oppfylte sine forpliktelser etter mottaks- og prosedyredirektivet, samt at det her ikke forelå hindringer for bruk av Rule 39 for Dublinreturnerte.¹⁰⁸ Belgiske myndigheter hevder å ha fulgt opp denne avgjørelsen da de fattet vedtak om tilbakeføring av M.S.S. EMD må dermed vurdere om belgiske

¹⁰³ Se om Bosphorus- presumsjonen ovenfor under punkt 4.1

¹⁰⁴ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 340

¹⁰⁵ Ibid. premiss 342

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid. premiss 343

myndigheter skulle ha ansett presumsjonen oppstilt i K.R.S. mot Storbritannia som tilbakevist på tidspunktet for tilbakeføring av M.S.S.¹⁰⁹

Domstolen vurderer i hvilken grad klageren selv burde varslet belgiske myndigheter om sin frykt for retur til Hellas. Belgia mener at manglende informasjon fra asylsøkeren på vedtakstidspunktet, gjorde at myndighetene ikke kunne vært klare over forholdene asylsøkeren fryktet ved retur til Hellas. EMD tilbakeviser imidlertid dette standpunktet. Rapporter som er blitt publisert i etterkant av K.R.S. slår konstant fast, i følge EMD, at det foreligger praktiske problemer i forbindelse med anvendelsen av Dublinsystemet i Hellas, både på grunn av mangelfulle asylprosedyrer, samt praktiseringen av direkte og indirekte refoulement.¹¹⁰ Retten uttaler at "such documents have been published at regular intervals since 2006 and with greater frequency in 2008 and 2009, and that most of them had already been published when the expulsion order against the applicant was issued."¹¹¹ Domstolen oppstiller dermed et skille mellom situasjonen som forelå i Hellas på utsendelsestidspunktet for M.S.S. i juni 2009, og situasjonen da K.R.S. ble avvist i EMD i desember året før.

Videre fester EMD "critical importance"¹¹² til brevet sendt av UNHCR til belgiske myndigheter i forkant av utsendelsen, i april 2009. Her anbefaler Høykommissæren at all retur av asylsøkere til Hellas stanses umiddelbart. Til dette kommer, uttaler EMD, at det europeiske asylsystemet har gjennomgått endringer siden desember 2008, for å styrke beskyttelsen av grunnleggende rettighetene til asylsøkere i Europa.¹¹³ EU-kommisjonen har blant annet foreslått et system for å foreta midlertidig stans av overføringer av asylsøkere, for å forhindre at asylsøkere blir returnert til medlemsstater som ikke er i stand til å beskytte deres grunnleggende rettigheter i tilstrekkelig grad.¹¹⁴

Et annet argument mot at manglende informasjon fra asylsøkeren her skal være avgjørende, er forholdene ved asylsøknaden i Belgia. Retten noterer seg at asylprosedyren ikke ga asylsøkeren noen som helst mulighet til å fremme sine innsigelser mot å bli tilbakesendt til Hellas, da skjemaet hos utlendingsmyndighetene ikke åpnet for slike kommentarer.¹¹⁵

¹⁰⁹ Ibid. premiss 345

¹¹⁰ Ibid. premiss 347

¹¹¹ Ibid. premiss 348

¹¹² Ibid. premiss 349

¹¹³ Ibid. premiss 350

¹¹⁴ COM(2008) 820 final

¹¹⁵ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 351

På bakgrunn av denne informasjonen kommer flertallet i EMD til at den generelle situasjonen i Hellas var kjent for belgiske myndigheter og uttaler at "the applicant should not be expected to bear the entire burden of proof."¹¹⁶ I tillegg fastslår domstolen at utlendingskontoret i Belgia, foruten enkelte, få unntak, systematisk anvendte Dublin II- forordningen for å overføre personer til Hellas "without so much as considering the possibility of making an exception".¹¹⁷

EMDs flertall vurderer altså situasjonen for å være annerledes på tidspunktet M.S.S. ble tilbakeført, juni 2009, enn på domstidspunktet for K.R.S. mot Storbritannia desember 2008. Dette ser ut til å være basert på informasjon publisert i etterkant av dommen K.R.S., samt særlig brevet fra UNHCR og EU-kommisjonens foreslåtte revidering av Dublinsystemet.

5.2.1.4 Betydningen av forsikringer

Belgia argumenterer også for at greske myndigheters forsikringer tilsier at senderstaten må være fri for ansvar. Denne påstanden blir imidlertid tilbakevist av EMD. For det første understreker EMD at vedtakelse av nasjonalt regelverk, samt det å tiltre internasjonale traktater som skal garantere respekten for grunnleggende rettigheter, ikke alene er nok for å forsikre beskyttelse mot mishandling.¹¹⁸ Dette er tilfellet dersom pålitelige kilder har rapportert om praksis fra, eller tolerert av, myndighetene, som åpenbart står i motsetning til EMKs prinsipper.¹¹⁹ EMD påpeker at dette er tilfellet her. For det andre ga heller ikke Hellas` forsikring om å overta ansvaret for M.S.S., en tilstrekkelig garanti. I denne forbindelse lar domstolen det være avgjørende at Hellas først responderte på Belgias anmodning om å overføre asylsøkeren i etterkant av at utsendelsesvedtaket var fattet.¹²⁰ Vedtaket ble fattet 19. mai 2009, men greske myndigheters svar på Belgias anmodning om å påta seg ansvaret for asylsøkeren ble først mottatt 4. juni samme år. Avgjørelsen som utsendelse ble dermed alene basert på en stilltiende aksept fra gresk side.

EMD understreker i denne forbindelse også at den aktuelle ansvarsovertakelsen kun var basert på et standarddokument med henvisning til aktuelle bestemmelser, uten å

¹¹⁶ Ibid. premiss 352

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Ibid. premiss 353

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Ibid. premiss 354

inneholde noen individuell garanti som omhandlet den aktuelle asylsøkeren.¹²¹ Forsikringen refererte kun til anvendbart regelverk, uten noen redegjørelse for den faktiske situasjonen i praksis. At det ble gitt forsikring fra Hellas i forkant av selve gjennomføringen av utsendelsesvedtaket, blir dermed ikke ansett tilstrekkelig for det sterke behovet for garanti som her forelå.

5.2.1.5 Rule 39

Asylsøkerens anmodning om midlertidig forføyning for å forhindre utsendelse til Hellas, ble avslått av EMD. Belgia bruker dette som et argument: Når ikke EMD selv anså situasjonen i Hellas for å stride mot EMK, var det heller ikke noen grunn til at Belgia skulle vurdere situasjonen slik.

EMD tilbakeviser denne argumentasjonen og understreker at i tilfeller hvor utsendelsen allerede er på trappene når domstolen mottar forespørsel om bruk av Rule 39, må retten ta en hasteavgjørelse.¹²² Denne avgjørelsen legger dermed ikke føringer for utfallet i en senere behandling av en individklage etter EMK art. 34. På tidspunktet for en slik forespørsel, uttaler EMD, er det ikke domstolen oppgave å foreta en fullstendig analyse av saken og ofte disponerer heller ikke retten all nødvendig informasjon for å foreta en slik analyse.¹²³ EMD godtar dermed ikke at deres egen vurdering av å unnlate å iverksette stans av tilbakeføring til Hellas, fritar Belgia for ansvar i denne saken.

5.2.1.6 Adgang til å gå til sak mot senderlandet

Belgia anfører at klageren kun burde gå til sak mot Hellas etter å ha uttømt de interne rettsmidlene her, eventuelt ved å anmode EMD om bruk av midlertidig forføyning. Dette avvises av domstolen. Det uttales at sak mot mottakerstaten Hellas i prinsippet er den mest normale fremgangsmåten,¹²⁴ men at domstolens vurdering klart viser at asylsøkeres muligheter for å få behandlet sin søknad i Hellas på det aktuelle tidspunktet kun var ”illusorisk”.¹²⁵

På denne bakgrunn kommer flertallet i EMD til at belgiske myndigheter, på tidspunktet M.S.S. ble bortvist, visste eller burde vite at asylsøkeren ikke hadde noen garanti for at

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid. premiss 355

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Ibid. premiss 357

¹²⁵ Ibid.

hans søknad ville bli seriøst behandlet av greske myndigheter.¹²⁶ I tillegg, uttaler retten, hadde Belgia muligheten til å nekte å tilbakesende ham.¹²⁷

5.2.1.7 Individuell risiko

Som allerede påpekt stilles det krav om at risikoen skal være tilstrekkelig individualisert for å fastslå brudd på EMK art. 3. EMD vurderer dermed avslutningsvis om dette var tilfellet for risikoen klageren løp i forbindelse med mangelfulle asylprosedyrer. I denne sammenheng uttaler EMD at "it was in fact up to the Belgian authorities, faced with the situation described above, not merely to assume that the applicant would be treated in conformity with the Conventions standards but, on the contrary, to first verify how the Greek authorities applied their legislation on asylum in practice."¹²⁸

Dersom Belgia hadde undersøkt praktiseringen av asyllovgivningen i Hellas, uttaler EMD, hadde de sett at risikoen klageren løp ved tilbakeføring til Hellas var reell og tilstrekkelig individualisert for å falle inn under EMK art. 3.¹²⁹ Det faktum at et stort antall asylsøkere i Hellas er i samme situasjon som klageren gjør ikke den aktuelle risikoen mindre individuell, der hvor den er tilstrekkelig reell og sannsynlig.¹³⁰

På denne bakgrunn konkluderer EMD med at utsendelsesvedtaket fattet av Belgia i mai 2009 medførte brudd på EMK art. 3.

5.2.2 Ansvar etter EMK art. 3 på bakgrunn av å ha utsatt klageren for internerings- og mottaksforholdene i Hellas

Også under denne påstanden tar EMD utgangspunkt i sin egen rettspraksis på området for EMK art. 3 ved utsendelse. Dersom det er blitt forevist konkrete holdepunkter for å tro at asylsøkeren løper en reell risiko for å bli utsatt for behandling i strid med EMK art. 3 i mottakerlandet, pålegger EMK art. 3 en forpliktelse om å ikke sende personen til dette landet.¹³¹

Retten legger til grunn sin tidligere konklusjon fra vurderingen av Hellas' ansvar, om at klagerens internerings- og leveforhold i dette landet var nedverdige. Videre noterer flertallet seg at "these facts were well known before the transfer of the applicant and

¹²⁶ Ibid. premiss 358

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Ibid. premiss 359

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid. premiss 365

were freely ascertainable from a wide number of sources”.¹³² Igjen understrekes det at asylsøkeren ikke kan klandres for ikke å ha informert belgiske myndigheter om bakgrunnen for at han ikke ønsket overføring til Hellas.¹³³ På denne bakgrunn uttaler retten at Belgia, ved å utsette klageren for leve- og interneringsforholdene i Hellas, bevisst utsatte klageren for behandling i strid med EMK art.3, og dermed brøt denne bestemmelsen.¹³⁴

5.3 Kritikk av dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas

EMD konkluderer altså med brudd på EMK art. 3 i forbindelse med både mangelfullt asylregime i Hellas, samt nedverdiggende internerings- og leveforhold. Dette fordi Belgia sommeren 2009 burde ha sett at det forelå konkrete holdepunkter for å tro at M.S.S. ville bli utsatt for en reell risiko for behandling i strid med EMK art. 3, ved tilbakeføring til Hellas. Det er her grunn til å knytte enkelte bemerkninger til EMDs vurdering av den reelle risikoen på utsendelsestidspunktet. Herunder rapportene om situasjonen i Hellas (5.3.1), anmodningen fra UNHCR (5.3.2), Rule 39 (5.3.3) og EUs foreslåtte endringer (5.3.4).

5.3.1 Rapporter om situasjonen i Hellas

EMD fremholder at de fleste av rapportene om forholdene i Hellas forelå på tidspunktet hvor Belgia sendte ut M.S.S., altså 15. juni 2009. Av de 23 oppnevnte kildene under overskriften ”Internasjonale dokumenter som beskriver internerings- og mottaksforholdene for asylsøkere samt asylprosedyren i Hellas”¹³⁵ var 15 av disse publisert på tidspunktet M.S.S. ble overført til Hellas.¹³⁶ I Cruz Varas mot Sverige ble det understreket at retten først og fremst skal vurdere risikoen ut i fra den informasjon som forelå på bortvisningstiden.¹³⁷ Retten er likevel ikke avskåret fra å ta i betraktning materiale som er tilkommet også i etterkant.¹³⁸ Tross at EMD slik hadde anledning til å ta med også nyere rapporter i vurderingen, kunne retten med fordel ha presisert at det her også var tale om et omfattende materiale tilkommet i etterkant av bortvisningen.

¹³² Ibid. premiss 366

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid. premiss 367 og 368

¹³⁵ Ibid. premiss 160

¹³⁶ De 14 første rapportene nevnt i avsnitt 160.

¹³⁷ Cruz Varas mot Sverige, premiss 76

¹³⁸ Ibid.

Av de 15 rapportene som forelå er det også kun fem som er tilkommet etter K.R.S.-saken.¹³⁹ Da rapportene i følge flertallet tilsier at Belgia skulle ha vurdert presumsjonen oppstilt i denne saken som tilbakevist, må disse rapportenes innhold ha vært avgjørende.

Av disse fem nevnte rapportene er det kun tre som gjennomgås og siteres i domsgrunnene.¹⁴⁰ I tillegg er det stort sett vist til disse rapportene i forhold til internerings- og leveforholdene for asylsøkere i Hellas. Under vurderingen av asylprosedyrene refereres det ofte kun til ”de nevnte rapporter”, som omhandler både de rapporter som var tilgjengelige på domstidspunktet for K.R.S., de som var tilgjengelige på utsendelsestidspunktet for M.S.S., samt rapporter som er blitt publisert i ettertid. Av rapportene gjengitt under punktet ”*Procedure for examining applications for asylum*” i premiss 173- 195, er det kun Europarådets kommissær for menneskerettigheters rapport som var tilgjengelig på tidspunktet for Belgias utsendelse av M.S.S.¹⁴¹

Det kan etter dette hevdes at det ikke var tilkommet et omfattende, nytt materiale etter avgjørelsen K.R.S. mot Storbritannia på utsendelsestidspunktet. Flertallet må i alle fall kunne kritiseres for ikke å klarlegge nærmere hvilke kilder de faktisk vektlegger når de kommer til at situasjonen var endret fra desember 2008 til mai 2009. Dette understrekes også i dissenterende dommer Bratzas votum.¹⁴²

Dette gjelder særlig i forhold til faren for refoulement. Domstolen uttaler at dette er en konstant bekymring, samt at ”The reports listed in paragraph 161 above, as well as the press, have regularly reported this practice (...).”¹⁴³ Domstolen viser dermed generelt til de nevnte rapporter når den legger til grunn at greske myndigheter foretar utsendelse av asylsøkere som ennå ikke har fått avslag på sin søknad. Det understrekes videre at ”It has been established”¹⁴⁴ at flere asylsøkere er blitt utsendt fra Tyrkia til Afghanistan uten å ha fått vurdert sine søknader. Det kommer imidlertid ikke klart frem hvilke kilder domstolen har ansett avgjørende når den anser denne praksisen for å også ha vært kjent på utsendelsestidspunktet. Det ble i K.R.S.- saken nettopp ikke ansett som bevist at

¹³⁹ Clandestino (2008), Human Rights Watch (2008), Cimade (2008), Europarådets menneskerettighetskommissær, M.T. Hammarberg (2009) og Greek Council of Refugees (2009).

¹⁴⁰ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 163- 173.

¹⁴¹ Ibid. premiss 184, 187, 188: Undersøkelser UNHCR. Premiss 187, 190: Europarådets kommissær for menneskerettigheter.

¹⁴² Ibid., separate opinions, Judge Bratza premiss 9

¹⁴³ Ibid. premiss 192, det ser ut til at det er ment å henvise til avsnitt 160, ikke 161

¹⁴⁴ Ibid. premiss 192

Hellas praktiserte returer til Iran, Irak, Afghanistan, Somalia og Sudan.¹⁴⁵ At det i etterkant av utsendelsestidspunktet ble publisert flere rapporter som understreket slik fare for refoulement kan ikke være avgjørende for Belgias kunnskap.

5.3.2 Anmodningen fra UNHCR

En kilde som domstolen uttaler å knytte ”critical importance” til, er anmodningen fra UNHCR om å stanse returer til Hellas, sendt belgiske myndigheter i april 2009.¹⁴⁶ Denne oppfordringen kom dermed til belgiske myndigheters kjennskap i forkant av bortvisningsvedtaket, og angår nettopp den mangelfulle asylprosedyren i Hellas. Denne anmodningen baseres imidlertid lang på vei på den samme uttalelse som UNHCR publiserte 15. april 2008, informasjon som ble eksplisitt vektlagt i saken K.R.S.¹⁴⁷ Det er dermed svært strengt å kreve at Belgia skulle legge avgjørende vekt på dette dokumentet i sin vurdering av situasjonen i Hellas. I følge dissenterende dommer Bratza representerer brevet et ”too fragile” grunnlag for at belgiske myndigheters tilbakeføring av M.S.S. til Hellas skulle medføre brudd på EMK art. 3.¹⁴⁸

5.3.3 Rule 39

Som allerede påpekt uttaler EMD i saken K.R.S. at det er ”nothing to suggest” at Dublinreturnerte asylsøkere risikerer å bli utsendt til tredjeland, og her behandlet i strid med EMK art. 3, uten å ha en reell mulighet til å anmode EMD om bruk av rule 39 i Hellas.¹⁴⁹ EMD foreskriver dermed at K.R.S. ved eventuell fare for utsendelse må anmode bruk av rule 39 mot Hellas, ”and not against the United Kingdom”.¹⁵⁰ Selv om EMD i M.S.S. kommer til at muligheten for å anmode om bruk av Rule 39 i Hellas var ”illusorisk”, er det dermed ikke nødvendigvis grunnlag for å kreve at Belgia skulle vurdert situasjonen slik på utsendelsestidspunktet, kun seks måneder etter avgjørelsen K.R.S. mot Storbritannia.

Det må i denne sammenheng også understrekes at EMD avviste anmodningen fra M.S.S. om å stanse tilbakeføringen fra Belgia til Hellas i juni 2009. Flertallet uttaler at de i slike hastesaker ikke disponerer all nødvendig informasjon for å foreta en

¹⁴⁵ K.R.S. mot Storbritannia side 17

¹⁴⁶ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 349

¹⁴⁷ K.R.S. mot Storbritannia side 11

¹⁴⁸ M.S.S. mot Belgia og Hellas, separate opinions, Judge Bratza premiss 11

¹⁴⁹ K.R.S. mot Storbritannia side 17

¹⁵⁰ Ibid. side 18

fullstendig analyse av saken. Denne argumentasjonen har gode grunner for seg, men det er problematisk når EMD like etter uttaler at den her var ”fully aware of the situation in Greece”.¹⁵¹ Dette må tolkes som at EMD på denne måten var fullstendig klar over at asylsøkerens adgang til å be EMD om rule 39 i Hellas var ”illusorisk”, men likevel valgte å ikke hindre tilbakeføring hit. Det er viktig at det først og fremst skal være konvensjonsstatenes ansvar å vurdere risikoen ved utsendelse. Likevel er det naturlig at statene også vektlegger EMDs avgjørelser ved denne vurderingen, særlig i tilfeller hvor domstolen har fullstendig oversikt over situasjonen. Flertallet pålegger dermed et svært strengt ansvar når de avviser ethvert argument fra Belgia i denne sammenheng.

5.3.4 EUs foreslåtte endringer

Domstolen vektlegger at det europeiske asylsystemet i tiden etter desember 2008 ”has entered a reform phase”,¹⁵² hvor særlig EU- kommisjonens foreslåtte endringer i forhold til stans av overføring av asylsøkere til medlemsstater, blir trukket frem. At også organer innen EU mente at situasjonen i Hellas ikke var forsvarlig, kunne gitt Belgia grunn til å revurdere utsendelse av M.S.S. til Hellas.

Imidlertid var ikke disse endringene vedtatt av EU på tidspunktet for utsendelse av M.S.S. og er det for øvrig ikke ennå. Det er også av betydning at kommisjonens forslag ble publisert dagen etter domsavsigelse i K.R.S., 3. desember 2008. Dette innebærer at situasjonen EU- Kommisjonen her legger til grunn, må være den samme som EMD selv nettopp har vurdert. At kommisjonen kommer til at det må foretas endringer i overføringen av asylsøkere, kan dermed ikke nødvendigvis medføre at Belgia burde lagt avgjørende vekt på dette forslaget i sin vurdering av situasjonen i Hellas.

5.4 Realpolitiske motiver for domsresultatet

Ettersom dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas er den første dommen som anser en konvensjonsstat for å ha brutt EMK art. 3 ved overføring av asylsøker etter Dublinsamarbeidet, er det viktig å forstå bakgrunnen for at domstolen kommer til dette resultatet. Som gjennomgått like ovenfor, kan domstolens begrunnelse på enkelte områder kritiseres. Det blir dermed viktig å vurdere hvilke uttalte motiver EMD kan ha vektlagt ved sin avgjørelse.

¹⁵¹ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 355

¹⁵² Ibid. premiss 350

5.4.1 Klarere faktum i forhold til risikovurderingen

Tilfellet i M.S.S. skiller seg fra de tidligere sakene, da klageren her er tilbakeført etter Dublin II- forordningen, og allerede utsatt for den påståtte konvensjonsstridige behandlingen. I både K.R.S. og T.I.- saken hadde EMD anvendt Rule 39 for å forhindre overføring av asylsøkeren, slik at vurderingen kun ble basert på generelle betraktninger om forholdene i mottakerlandet. M.S.S. sine faktiske forhold i Hellas kan ha gitt domstolen et klarere grunnlag for å her fastslå konvensjonsbrudd. I utgangspunktet skal dette kun innvirke på ansvaret pålagt Hellas, da ansvaret for senderstaten skal vurderes ut i fra situasjonen på utsendelsestidspunktet. At klageren levde i Hellas fra juni 2009 frem til domstidspunktet, kan imidlertid ha gitt grunn til å vektlegge kilder som ble publisert også i etterkant av utsendelsestidspunktet.

5.4.2 Feilslått presumsjon i K.R.S.

Presumsjonen oppstilt i K.R.S. var basert på at det ikke forelå informasjon på dette tidspunkt, som kunne tilsi at Hellas brøt sine internasjonale forpliktelser. Naturlig nok ble denne presumsjonen fulgt opp av konvensjonsstatene, som generelt la til grunn at Hellas var et trygt mottakerland. Dette medførte en svært tung bevisbyrde for asylsøkere som hevdet å risikere risikering i strid med EMK art. 3 ved overføring til Hellas. En slik streng bevisbyrde kommer særlig frem i den belgiske klageinstansen for asylsøknader, som uttaler at Hellas presumeres å være et trygt mottakerland. Dersom denne presumsjonen skal tilbakevises kreves det at klageren viser *in concreto* at det er en reell risiko for at han vil bli behandlet i strid med EMK art. 3 ved retur. "Simple references to general reports from reliable sources showing that there are reception problems or that refoulement is practiced or the mere fact that the asylum procedure in place in a European Union Member State is defective does not suffice to demonstrate the existence of such a risk".¹⁵³

Når presumsjonen oppstilt i K.R.S. medfører en slik streng bevisbyrde, samtidig som forholdene i Hellas er avdekket å stride mot denne presumsjonen, foreligger det her gode grunner for at EMD slår ned på overføring av asylsøkere til Hellas. Argumentet

¹⁵³ Sammendrag av den belgiske klageinstansen "Conseil de Contentieux des étrangers", plenumsavgjørelser 26. mars 2010 (40.963, 40.964, 10.965) oppgitt i M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 150.

brukt i K.R.S., om at et nytt juridisk rammeverk for asylsøkere er vedtatt i Hellas, får slik liten vekt i saken M.S.S.

I tillegg er EMD klar over den byrde som påføres enkelte medlemsstater, på grunn av deres geografiske plassering i Dublinsamarbeidet.¹⁵⁴ Når Hellas selv ikke ser ut til å være i stand til å forbedre forholdene etter saken K.R.S., hvor disse ble sagt å være av ”some concern”,¹⁵⁵ kan en byrdefordeling ha vært noe av motivasjonen for at domstolen anser det nødvendig å fastslå ansvar også for senderstaten. Disse momentene kan forklare at retten vektlegger kilder tilkommet i ettertid av utsendelsestidspunktet, og at EMD kommer til et annet resultat enn i tidligere avgjørelser.

5.4.3 Signaler fra EU selv

Til tross for at EMD har kompetanse til å overprøve konvensjonsstatenes vedtak om overføring av asylsøkere etter Dublin II- forordningen fullt ut, kan hensynet til effektivitet i Dublinsamarbeidet tilsa en restriktiv prøving. Hensynet til effektiv gjennomføring av internasjonalt samarbeidet var, som gjennomgått i punkt 4.1, avgjørende for at EMD var tilbakeholden med å prøve konvensjonsbrudd i Bosphorus-saken. Hensynet må være av relevans også der hvor man er utenfor Bosphorus-presumsjonen, om enn i mindre grad. EUs egne signaler om gjennomføringen av Dublinsamarbeidet vil således kunne påvirke EMDs avgjørelser i saker som angår dette.

Når dommen K.R.S. mot Storbritannia falt hadde ikke EU selv iverksatt tiltak i forbindelse med Dublin II- forordningen, foruten EU-domstolens dom om implementering av mottaksdirektivet i Hellas.¹⁵⁶ I K.R.S. ble først og fremst de positive formålene ved Dublin II- forordningen understreket, og det uttales at overføring av asylsøkere til andre medlemsstater i henhold til oppstilte kriterier i forordningen er ”the implementation of a legal obligation on the State in question”.¹⁵⁷

En lite inngående vurdering av brudd på EMK art. 3 i K.R.S., kan forklares med at EU selv ikke hadde sterkt fokus på denne problematikken. Hensynet til en effektiv gjennomføring av Dublin II- forordningen kan dermed ha blitt avgjørende. Det forelå

¹⁵⁴ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 223

¹⁵⁵ K.R.S. mot Storbritannia side 18

¹⁵⁶ Sag C 72/06 Kommissionen mod Hellas

¹⁵⁷ K.R.S. mot Storbritannia side 16

knapt med materiale som tilsa konvensjonsbrudd, og hensynet til et sterkt vern av EMKs rettigheter kom da ikke inn med full tyngde.

Da saken M.S.S. mot Belgia og Hellas ble avsagt var det imidlertid kommet signaler fra EU selv om at Dublinsamarbeidet i Hellas ikke fungerte optimalt. Herunder endringsforslag til Dublin II- forordningen vedtatt av EU- Kommisjonen.¹⁵⁸ I tillegg var det foretatt en styrking av asylsøkeres rettigheter gjennom EUs menneskerettighets charter og Lisboa-traktaten.¹⁵⁹

Når organer innad i EU både erkjenner at overføring av asylsøkere til Hellas er problematisk, samt fokuserer på en styrking av asylsøkeres rettigheter i EU, taler ikke hensynet til en effektiv gjennomføring av EU- samarbeidet her mot en restriktiv overprøving fra EMD. Forholdene i Hellas medførte også at hensynet til effektiv beskyttelse av EMK måtte veie tungt. Dette kan også være med på å forklare en mer intensiv prøving i saken M.S.S. mot Belgia og Hellas. Det skal nedenfor ses nærmere på hvilke konsekvenser denne dommen har medført for konvensjonsstatenes ansvar ved utsendelse av asylsøkere.

6 Ansvar ved utsendelse av asylsøkere i henhold til Dublin II- forordningen i etterkant av M.S.S. mot Belgia og Hellas

EMD har altså pålagt konvensjonsstatene et ansvar ved utsendelse av asylsøkere etter Dublin II- forordningen. EMDs dommer er ikke bindende for andre enn partene selv, men da de er ansett for å skape presedens,¹⁶⁰ vil M.S.S. mot Belgia og Hellas være viktig for å klarlegge den fremtidige rettstilstanden. I det følgende oppstilles hovedtrekkene i ansvaret som påhviler konvensjonsstatene i dag i punkt 6.1. I punkt 6.2 vurderes hvilke konsekvenser saken M.S.S. mot Belgia og Hellas har hatt både for EU og for norsk praksis.

¹⁵⁸ Se punkt 5.2.1.3

¹⁵⁹ Maastricht- traktaten art. 6.1 og 6.3 etter endringene ved Lisboa- traktaten

¹⁶⁰ Se note 102 om Stafford mot Storbritannia

6.1 Omfanget av ansvar som i dag påhviler konvensjonsstatene

Som fremkommet i redegjørelsen, beror brudd på EMK art. 3 ved utsendelse både på om behandlingen kan sies å overskride terskelen for artikkel 3, samt på om det foreligger reell risiko for at klageren vil utsettes for denne behandlingen. Det vil først knyttes noen bemerkninger til EMK artikkel 3 i forhold til EU- reglene i punkt 6.1.1. Deretter redegjøres det for en utvidet rekkevidde av EMK art. 3 i 6.1.2. Så behandles endringer i bevisvurderringen i 6.1.3. Endelig behandles statenes undersøkelsesplikt i 6.1.4.

6.1.1 Forholdet mellom utsendelsesforbudet og EU- reglene

Forbudet mot utsendelse er absolutt og gjelder til tross for at Dublin II- forordningen i EU oppstiller en hovedregel om overføring/tilbakeføring til det aktuelle ansvarsland. EMD har dermed fastslått at medlemslandene må benytte unntaksadgangen i denne forordningens art. 3.1. dersom utsendelse strider mot EMK art. 3.

Det kan settes spørsmålsteget ved rekkevidden av EMK art. 3, dersom EU selv ikke hadde oppstilt en unntaksadgang. EU ville da ha pålagt statene en streng, juridisk plikt til å overføre asylsøkere. Det er tidligere påpekt at dersom statens handling springer ut av en slik streng, juridisk forpliktelse pålagt av EUs EF- rett, har EMD begrenset prøvingsrett. Presumsjonen om at EU tilbyr tilstrekkelig beskyttelse av asylsøkeres grunnleggende rettigheter, hadde da kun latt seg tilbakevise dersom vernet av rettigheter i en konkret sak måtte karakteriseres som åpenbart utilstrekkelig.¹⁶¹

En slik restriktiv prøving må anses som en bekymring, da Europarådet på denne måten langt på vei godtar et mindre sterkt konvensjonsvern ved overføring av kompetanse til EU. Denne eventuelle situasjonen blir likevel noe søkt, med tanke på at EU har fastslått en unntaksadgang i Dublin II- forordningen. Det er også betryggende at EU de siste årene selv har slått ned på brudd på asylsøkeres rettigheter i medlemslandene. Det foreligger dermed ikke motstrid mellom ansvaret pålagt konvensjonsstatene etter EMK art. 3 og de forpliktelser statene er pålagt av EU.

¹⁶¹ I *Bosphorus mot Irland* premiss 156 ble det fastslått unntak fra presumsjonen dersom beskyttelsen i en konkret sak var ”manifestly deficient”. Det er imidlertid noe uklart hva som ligger i dette uttrykket, jfr. Fredriksen og Skodvin (2006) side 555- 556

6.1.2 Utvidet rekkevidde for EMK art. 3

Som det er redegjort for i oppgaven kan forbudet i EMK art. 3 bli aktuelt både ved et mangelfullt asylregime, ved internering av asylsøkere og ved leveforhold i strid med konvensjonen. Det skal imidlertid knyttes enkelte bemerkninger til rekkevidden av forbudet mot utsendelse ved henholdsvis internerings- og leveforhold i strid med EMK art. 3, i etterkant av M.S.S. mot Belgia og Hellas.

6.1.2.1 Interneringsforhold i strid med EMK art. 3

Når det gjelder brudd på EMK art. 3 for konvensjonsstridig internering, foreligger det generelt mye praksis fra EMD,¹⁶² en praksis som også må bli veiledende for internering av asylsøkere. Likevel kan vurderingen av om behandlingen skal falle inn under EMK art. 3, bli noe annerledes i tilfeller der offeret er asylsøker. I saken M.S.S. mot Hellas og Belgia var det tale om internering i korte perioder, sammenlignet med tidligere saker hvor retten hadde fastslått konvensjonsbrudd ved internering.¹⁶³ Retten understreker at to perioder med internering, henholdsvis fire dager juni 2009 og en uke i august samme år, ikke kunne være ubetydelig. Dette med tanke på at klageren var asylsøker og dermed ”particularly vulnerable because of everything he had been through during his migration and the traumatic experiences he was likely to have endured previously”.¹⁶⁴ I andre saker hvor EMD har brukt betegnelsen ”sårbar gruppe”, har statenes skjønnsmargin vært innskrenket og EMD har foretatt en mer intensiv prøving av saken.¹⁶⁵ Det må dermed kunne hevdes at terskelen for å fastslå interneringsforhold i strid med EMK art. 3 vil være lavere der hvor offeret er asylsøker.

6.1.2.2 Leveforhold i strid med EMK art. 3

Dette får betydning også i forhold til utsendelsesforbud grunnet leveforholdene i mottakerlandet. I forkant av saken M.S.S. mot Belgia og Hellas forelå det svært liten praksis på dette området. Det var kun i saken om den aidssyke utlendingen i D. mot Storbritannia at senderlandet var pålagt ansvar. EMD har tidligere uttalt at det i EMK ikke kan innfortolkes en forpliktelse for konvensjonsstatene til å gi husly for personer

¹⁶² Se for eksempel Møse (2002) side 218 flg.

¹⁶³ Se for eksempel redegjørelsen under punkt 3.2 hvor det blir vist til dommene S.D. mot Hellas, Tabesh mot Hellas og A.A. mot Hellas.

¹⁶⁴ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 232

¹⁶⁵ Ibid., separate opinions, Judge Sajó side 101

innenfor deres jurisdiksjon,¹⁶⁶ og heller ikke pålegger konvensjonen en generell forpliktelse til å gi flyktninger økonomisk assistanse for at de kan oppbevare en viss levestandard.¹⁶⁷

Likevel kommer EMD i saken M.S.S. mot Belgia og Hellas til at staten er pålagt å sørge for at asylsøkeren får dekket enkelte, elementære behov. Dette kan forklares med at domstolen de siste årene generelt har pålagt statene et større ansvar i forbindelse med sosiale rettigheter.¹⁶⁸ I tillegg begrunner domstolen dette ansvaret med at asylsøkere er en spesielt sårbar gruppe med et særlig behov for beskyttelse. Asylsøkere har restriktive muligheter for selv å skaffe arbeid og bolig, samtidig som staten er ansvarlig for å behandle asylsøknaden.¹⁶⁹ En slik betraktning innebærer at dersom asylsøkere skal oppnå effektiv beskyttelse mot behandling i strid med EMK art. 3, bør også senderstatene pålegges ansvar ved overføring/tilbakeføring til land hvor asylsøkeren blir utsatt for nedverdiggende leveforhold.

Domstolen har fulgt opp sitt standpunkt om at slike sosiale betraktninger kan medføre ansvar etter EMK art. 3, i saken Sufi og Elmi mot Storbritannia. Her ble Storbritannia dømt for konvensjonsbrudd for å ha vedtatt utvisning av to somaliere til hjemlandet. Det var stor sannsynlighet for at disse ville ende opp i flyktningleirer, og slik risikere behandling i strid med EMK art. 3 på grunn av humanitære forhold. Det understrekes at tilnærmingen i M.S.S., hvor EMD vektla klagerens manglende muligheter for selv å sørge for sine elementære behov, her måtte være avgjørende, og ikke den strenge normen oppstilt i etterkant av D. mot Storbritannia.¹⁷⁰ Selv om saken Sufi og Elmi ikke angikk utsendelse etter Dublin II- forordningen, viser dette at EMD har fortsatt på den samme linjen i forhold til å pålegge ansvar ved utsendelse på grunn av sosiale hensyn. Rekkevidden for EMK art. 3 må dermed anses utvidet ved saken M.S.S. mot Belgia og Hellas.

Det understrekes imidlertid i M.S.S. at situasjonen for klageren i Hellas var ”particularly serious.”¹⁷¹ Asylsøkeren var ”wholly dependent on State support,”¹⁷² og

¹⁶⁶ Chapman mot Storbritannia premiss 99

¹⁶⁷ Müslim mot Tyrkia premiss 85

¹⁶⁸ Se for eksempel Budina mot Russland og Orsus mot Kroatia

¹⁶⁹ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 251 – 263

¹⁷⁰ Sufi og Elmi mot Storbritannia premiss 283

¹⁷¹ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 254

¹⁷² M.S.S. mot Belgia og Hellas omtalt i Sufi og Elmi mot Storbritannia premiss 279

ble møtt med likegyldighet fra det offentlige. Terskelen for at sosiale forhold i mottakerlandet faller inn under EMK art. 3 må dermed fortsatt anses høy.

6.1.3 Endring i bevisvurderingen

Det kan også spørres om bevisvurderingen er endret i etterkant av M.S.S. mot Belgia og Hellas, herunder terskelen for å bevise ”reell risiko” (6.1.3.1), samt vurderingen av individualisering av risiko (6.1.3.2).

6.1.3.1 Bevisterskelen

Hovedtyngden ved EMDs vurdering av brudd på EMK art. 3 ved utsendelse ligger i vilkåret ”reell risiko”. I saken M.S.S. var det for eksempel ikke omtvistet at farene ved retur til Afghanistan falt inn under EMK art. 3. Spørsmålet var heller om det forelå en reell risiko for at klageren ville bli returnert hit ved tilbakeføring til Hellas.

Terskelen for å bevise at den enkelte asylsøkeren løper en slik reell risiko er generelt ansett for å være høy. I saken K.R.S. mot Storbritannia oppstilte EMD i tillegg en presumsjon om at det ikke foreligger risiko ved retur av asylsøkere til Hellas, noe som høynet terskelen ytterligere for å fastslå reell risiko ved utsendelse hit. Imidlertid kan utgangspunktet være noe modifisert med avgjørelsen M.S.S. mot Belgia og Hellas.

EMD konkluderer her med at Belgia burde ansett presumsjonen om at Hellas overholdt sine internasjonale forpliktesler for tilbakevist, på bakgrunn av enkelte kilder som fremkom våren 2009. Dette kan tyde på at det i dag skal mindre til for å fastslå reell risiko ved utsendelse til Dublinland, enn hva tidligere praksis krevde.

Imidlertid kan det se ut til at EMD selv anser at det foreligger sterke beviser for å pålegge Belgia ansvar i M.S.S., da domstolen uttaler at det foreligger et omfattende, nytt materiale om situasjonen i Hellas. På denne måten er det ikke nødvendigvis bevisterskelen som er endret, men eventuelt måten EMD vurderer bevisene. Beviser fremkommet i ettertid av utsendelsestidspunktet ser her til å bli tillagt stor vekt, noe som i så fall er en endring fra utgangspunktet i Cruz Varas. Her må det også minnes om at bevisterskelen er ansett for å være relativ, noe som tilsier en lavere terskel for de tilfeller hvor det er tale risiko for tortur ved refolement, enn der hvor asylsøkeren risikerer nedverdiggende levetilstand i et Dublinland.

6.1.3.2 Individualisering av risiko

Når det gjelder individualisering av risiko, ble det i saken *Vilvarajah*, nevnt ovenfor under punkt 3.2.2, uttalt at situasjonen for klageren ikke var verre enn for andre unge, mannlige tamiler som returnerte til Sri Lanka. Tilstrekkelig risiko ble her nettopp ikke ansett å foreligge. I *M.S.S.* presiserer retten at det faktum at et stort antall asylsøkere i Hellas befinner seg i samme situasjon som klageren, ikke hindrer at risikoen kan være av individuell karakter, så lenge den fremstår som tilstrekkelig konkret og etterprøvbart.¹⁷³ Konvensjonsstaten kan dermed ikke stille slike beviskrav til klageren, at det i praksis vil være nærmest umulig å vise at det foreligger en fare for ham *in concreto*. Dette er en viktig avklaring, da nasjonal praksis i enkelte konvensjonsstater i etterkant av *K.R.S.* krevde svært tunge beviser for å fastslå at den enkelte asylsøker løp en reell risiko ved retur til Hellas.

6.1.4 Statens undersøkelsesplikt

Etter å ha vurdert belgiske myndigheters argumentasjon uttaler flertallet i EMD at på tiden hvor *M.S.S.* ble utsendt fra Belgia, ”the Belgian authorities knew or ought to have known”¹⁷⁴ hvordan situasjonen var for asylsøkere i Hellas. Det oppstilles dermed et ansvar i de tilfeller hvor staten ikke handler i aktsom god tro. Dette aktsomhetskravet er strengt, noe som særlig viser seg ved at EMD krever at sin egen presumsjon om forholdene skulle vært ansett som tilbakevist. Det må etter dette anses å foreligge en generell undersøkelsesplikt ved overføring av asylsøkere etter Dublin II- forordningen, men denne pliktens rekkevidde skal vurderes nærmere. Herunder kravet til forsikringer fra mottakerlandet (6.1.4.1), asylsøkerens opplysningsplikt (6.1.4.2), asylsøkerens bevisbyrde (6.1.4.3) og EMDs vurdering av situasjonen.

6.1.4.1 Kravet til forsikringer fra mottakerlandet

I *M.S.S.* fratok verken forsikringer fra Hellas i saken *K.R.S.* mot Storbritannia, EMDs egen vurdering, eller forsikringene fra greske myndigheter i den aktuelle saken, staten en selvstendig undersøkelsesplikt. Dette må imidlertid sees på bakgrunn av den alvorlige situasjonen i mottakerlandet. Situasjonen i Hellas var på domstidspunktet prekær, noe som kan tilsi at forsikringer fra myndighetene i mottakerlandet i andre

¹⁷³ *M.S.S.* mot Belgia og Hellas premiss 359

¹⁷⁴ *Ibid.* premiss 358

saker vil bli tillagt større vekt. Til tross for at EMD i dommen kritiserer at det ikke forelå en forsikring fra mottakerlandet i forkant av utsendelsesvedtaket, kan det dermed ikke oppstilles en generell regel om at slik forsikring må foreligge i forkant av overføring/tilbakeføring av asylsøkere etter Dublin II- forordningen.

Det samme må gjelde kravet til innholdet i disse forsikringene. At det i M.S.S. ble krevd en individuell garanti fra Hellas, med informasjon om mottakslandets situasjon i praksis, kan ikke innebære at det generelt gjelder et slikt krav. Dette må avgjøres ut i fra situasjonen i mottakerlandet, noe som underbygges av at en standard forsikring ble godtatt i K.R.S. At et slikt krav til forhåndsforsikring fra mottakerlandet hadde styrket asylsøkernes rettssikkerhet er likevel ikke til å komme utenom.

6.1.4.2 Asylsøkerens opplysningsplikt

Også uttalelsen i M.S.S. om at Belgias undersøkelsesplikt ikke begrenses av asylsøkerens opplysningsplikt, må sees på bakgrunn av den konkrete situasjonen som forelå i Hellas. Det er dermed gode grunner for at asylsøkerens opplysningsplikt vil tillegges større vekt i andre saker, hvor senderlandet ikke selv burde kjenne til risikoen for mishandling i mottakerlandet.

Belgia påla i tillegg M.S.S. en svært streng bevisbyrde ved påstand om utsendelse i strid med EMK art. 3,¹⁷⁵ og EMD uttaler at klageinstansen anvendte hovedreglen i Dublin II- forordningen ”systematisk”.¹⁷⁶ Dersom asylsøkeren hadde hatt tilstrekkelig mulighet for å bevise at det forelå farer ved tilbakeføring til Hellas, kan det ikke utelukkes at statens undersøkelsesplikt kunne blitt noe redusert. Disse momentene er dermed relevante for å fastslå rekkevidden av en stats undersøkelsesplikt ved utsendelse etter Dublin II- forordningen.

6.1.4.3 Bevisbyrde

I denne sammenheng er det også grunn til å se nærmere på bevisbyrden i forbindelse med kravet til reell risiko for behandling i strid med EMK art. 3 ved utsendelse. EMD uttaler at ”the applicant should not be expected to bear the entire burden of proof”.¹⁷⁷ I tidligere praksis hva gjelder EMK art. 3 ved utsendelse anses det å påhvile klageren en

¹⁷⁵ Se for eksempel UNEs vurdering, gjengitt i stornemndsavgjørelsen ovenfor (punkt 4.4) og britiske domstolers vurdering, gjengitt i EU- domstolens sak C- 411/10 N.S. v. Secretary of State for the Home Department

¹⁷⁶ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 352

¹⁷⁷ Ibid. premiss 352

streng bevisbyrde, slik som fremkommet under punkt 3.2.2. EMDs uttalelse om at byrden ikke alene påhviler klageren, kan vise til at den generelle byrdefordelingen er forskjøvet.

Hovedgrunnen til at asylsøkeren i M.S.S. ikke kunne pålegges hele bevisbyrden, var imidlertid at Belgia selv burde kjent til forholdene i Hellas. Dette tilsier at det ikke nødvendigvis vil påhvile asylsøkerens en lettet bevisbyrde i andre saker. Uttalelsen i M.S.S. er likevel viktig, da EMD nå har stadfestet at denne byrden ikke kan sees uavhengig av statens undersøkelsesplikt.¹⁷⁸

6.1.4.4 EMDs vurdering av Rule 39

I M.S.S. understrekes at senderstatens undersøkelsesplikt ikke begrenses av EMDs vurdering av behovet for midlertidig forføyning og utsatt iverksettelse av utsendelsesvedtaket. EMD uttaler at “In cases *such as this*, where the applicant’s expulsion is imminent at the time when the matter is brought to the Court’s attention, it must take an urgent decision.”¹⁷⁹ Dette må innebære at i alle saker hvor utsendelsen av klager er overhengende når EMD får forespørsel om bruk av Rule 39, kan ikke statene legge vekt på EMDs avgjørelse når de vurderer risikoen ved utsendelse. Statene er selv ansvarlig for å foreta en fullstendig analyse av saken.

Dette understrekes ved at EMD i etterkant av M.S.S. har skjerpet kravene til bruk av Rule 39. Midlertidig forføyning kan bare anvendes i ”exceptional cases”.¹⁸⁰ EMD gir på denne måten klart uttrykk for at anmodning om bruk av Rule 39 ikke skal være den ordinære fremgangsmåte ved ethvert utsendelsesvedtak, og den nasjonale prøvingen av slike vedtak blir desto viktigere. Det blir dermed avgjørende for asylsøkeres rettssikkerhet at senderstaten pålegges et strengt undersøkelsesansvar i forkant av utsendelse.

¹⁷⁸ Se i denne sammenheng også Hirsi Jamaa m.fl. mot Italia. Her vises flere ganger til M.S.S. og det understrekes i premiss 133 at italienske myndigheter selv burde ha vurdert risikoen båtflyktninger løp ved retur til Libya, også dersom flyktningene selv ikke hadde påpekt dette. Dette på grunn av den kjente situasjonen i Libya.

¹⁷⁹ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 355, min uthevelse.

¹⁸⁰ Practice directions on interim measures, vedtatt av EMDs president 7.7.2011.

6.2 Dommens konsekvenser for overføring/tilbakeføring av asylsøkere i henhold til Dublin II- forordningen

Herunder først konsekvenser for norsk praksis (6.2.1.), deretter konsekvenser i EU (6.2.2).

6.2.1 Konsekvenser for norsk praksis

Asylsøkeren i M.S.S. mot Belgia og Hellas var, som allerede presisert, en spesielt ressurssvak asylsøker. Dette har betydning for praksis rundt risikovurderingen ved utsendelse. Tidligere har man i Norge operert med en konkret vurdering av om den enkelte asylsøkeren har vært i stand til å ivareta sine rettigheter ved utsendelse til Hellas.¹⁸¹ Når det konstateres brudd på EMK art. 3 for utsendelse av en relativt ressurssterk og frisk asylsøker taler dette for at resultatet må bli det samme for enhver annen asylsøker som ble overført til Hellas på dette tidspunktet. Så lenge situasjonen i et mottakerland er så prekær som tilfellet i Hellas ble ansett for å være, vil dette tale for at ingen asylsøkere overføres/tilbakesendes etter Dublin II- forordningen og at unntaket i utlendingsloven § 32(2) benyttes.

Norske utlendingsmyndigheter har da også ansett dommen for å få betydning for Norges praksis ved retur av asylsøkere til Hellas. I oktober 2010 stanset UNE retur av asylsøkere til Hellas etter anmodning fra EMD.¹⁸² Etter at dommen i M.S.S. mot Belgia og Hellas falt, ble denne stansningen opprettholdt og suverenitetsklausulen anvendt på Hellas- saker.¹⁸³ UNE uttaler at de vil realitetsbehandle Hellas- sakene i Norge, ”så lenge forholdene for asylsøkere i landet ikke endrer seg til det bedre.”¹⁸⁴ Det er likevel noe uklart hvor store endringer i det greske asylsystemet som skal til før Norge gjenopptar praksisen med å returnere til Hellas.

I 2010 ble det tvangsreturnert 260 personer fra Norge til Hellas i henhold til Dublin II- forordningen.¹⁸⁵ Dette er nettopp i perioden hvor Belgia anses for å ha hatt kunnskap om forholdene i Hellas, noe da også Norge må anses for å ha hatt.¹⁸⁶ Flere av momentene i redegjørelsen for dommens rekkevidde, nevnt ovenfor, tilsier dermed at

¹⁸¹ Sammendrag av UNEs stornemndsavgjørelse, N104983316 side 3

¹⁸² www.une.no ”Stopp i asylreturer til Hellas”, pressemelding 12.10.2010

¹⁸³ www.une.no ”Ingen returnerer til Hellas- asylsøknadene behandles i Norge”, pressemelding 23.2.2011

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Astrid Dalehaug Norheim på vl.no (2011)

¹⁸⁶ Blant annet var anmodningen fra UNHCR i april 2009 adressert til ”Governments” generelt, ikke kun Belgia, se M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 194 og 195

også Norge brøt EMK. Dette må i alle fall kunne sies å være tilfellet da rapportene om praktisering av refoulement i Hellas ble publisert, fra høsten 2009.

Det var i etterkant av domsavsigelsen spørsmål om norske myndigheter ville ta tilbake de asylsøkere som var utsendt til Hellas etter sommeren 2009. Dette ble besvart benektende av statssekretær Lønseth.¹⁸⁷ Det blir ikke i M.S.S. fastslått at Belgia pliktet å ta tilbake ansvaret for asylsøkeren. Dette innebærer at dommen ikke oppstiller en generell plikt til å tilbakeføre allerede overførte asylsøkere, dersom det i ettertid blir påvist brudd på EMK art. 3. I M.S.S. blir imidlertid Hellas dømt til å ivareta denne asylsøkerens rettigheter,¹⁸⁸ slik at en overføring til Belgia av den grunn må anses som overflødig.¹⁸⁹ Dette er ikke tilfellet for de øvrige asylsøkere som er returnert til Hellas, fra blant annet Norge, i den samme perioden. Dersom man først kommer til at andre stater også må anses for å ha begått menneskerettsbrudd ved å vedta utsendelse av asylsøkere i denne perioden, ville en tilbaketakelse av ansvaret i det minste forhindret videre rettsbrudd mot disse menneskene.

6.2.2 Styrket vern av asylsøkeres rettigheter i EU

Endringene i EU som er skjedd i etterkant M.S.S. tilsier at ansvaret som påhviler konvensjonsstatene også fra EUs side, må anses strengere enn tidligere. EU- domstolen har blant annet fulgt opp avgjørelsen M.S.S. mot Belgia og Hellas i sin forhåndsuttalelse om Dublinsaker, 21. desember 2011.¹⁹⁰ Det var her også tale om utsendelse av asylsøkere til Hellas, hvor blant annet en afghansk asylsøker ble vedtatt utsendt fra Storbritannia sommeren 2009.¹⁹¹

EU- domstolen vurderer om medlemsstatenes forpliktelse til å ivareta EUs grunnleggende rettigheter er neglisjert dersom en stat overfører asylsøkere etter Dublin II- forordningens hovedregel, uten å ta hensyn til situasjonen i mottakerlandet. Domstolen understreker at medlemsstatene ikke kan overføre asylsøkere til den ansvarlige stat i henhold til Dublin II- forordningen, dersom de ikke kan være uvitende om mangelfulle asylprosedyrer og mottaksforhold i medlemsstaten som “amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being

¹⁸⁷ Astrid Dalehaug Norheim på vl.no (2011)

¹⁸⁸ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 402

¹⁸⁹ M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 402

¹⁹⁰ Sag C-411/10 N. S. mod Secretary of State for the Home Department, Sag C-493/10M. E. m.fl. mod Refugee Applications Commissioner og Minister for Justice, Equality and Law Reform.

¹⁹¹ Sag C-411/10 N. S. mod Secretary of State for the Home Department, premiss 36

subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 4 of the Charter.”¹⁹² Tross at EU her tar utgangspunkt i egen lovgivning, har EU- charterets art. 4 samme ordlyd som EMK art. 3. Vi ser dermed at EU- domstolen oppstiller den samme risikovurderingen for medlemslandene, som allerede fastsatt av EMD.

Denne uttalelsen er bindende for alle medlemsland,¹⁹³ og det er verdt å merke seg at ansvaret pålagt medlemsstatene i EU- domstolen må anses å gjelde i forhold til overføring av asylsøkere til alle mottakerland, ikke kun Hellas. Det understrekes også i forhåndsuttalelsen at presumsjonen om ”trygt deltakerland” oppstilt i Dublin II- forordningen selv, ikke lenger kan legges til grunn.¹⁹⁴

Da det i denne forhåndsuttalelsen vises spesifikt til EMDs M.S.S. mot Belgia og Hellas, følger altså EU opp denne avgjørelsen. Det er ovenfor argumentert for at EMD vektlegger EUs syn på asylproblematikken i sin vurdering av ansvar ved overføring av asylsøkere etter Dublin II- forordningen. At EU også følger opp EMDs vurdering, er en naturlig konsekvens av at rettighetene i EMK er fastlått å skulle være generelle prinsipper innen EU- retten.¹⁹⁵

Gode grunner taler for at dersom kommisjonens forslag til revisjon av Dublinsystemet blir vedtatt, vil ansvaret pålagt statene av EMD etter EMK art. 3 bli enda bedre ivaretatt. Statenes ansvar for ikke å overføre asylsøkere til enkelte medlemsland vil da være klarere fastsatt også i EU-reglementet. En videre styrking av ansvaret vil måtte anses å være tilfelle dersom/når EU selv tiltrer EMK.

7 Avsluttende bemerkninger

Innledningsvis ble det spurt hvilket ansvar som påhviler konvensjonsstatene etter EMK art. 3 ved utsendelse av asylsøkere etter Dublin II- forordningen. Dommen M.S.S. mot Belgia og Hellas har altså for første gang erklært brudd på EMK art. 3 på bakgrunn av slik utsendelse. Man har dermed fått klarere rammer for konvensjonsstatenes ansvar ved behandlingen av asylsøkere. EU har de siste tiårene lagt føringer for den europeiske

¹⁹² Ibid. premiss 94

¹⁹³ Romatraktaten art. 267

¹⁹⁴ Sag C-411/10 N. S. mod Secretary of State for the Home Department, Sag C-493/10M. E. m.fl. mod Refugee Applications Commissioner og Minister for Justice, Equality and Law Reform, premiss 104

¹⁹⁵ Maastricht- traktaten art. 6.3

asylpolitikken og har blitt kritisert for å ikke i tilstrekkelig grad ivareta asylsøkeres rettigheter. EMDs avgjørelse i M.S.S. kan være et viktig bidrag til å påvirke retningen denne politikken tar.

Vi ser at både EU og Europarådets organer viser vilje til å styrke asylsøkernes rettigheter i Europa, ved å pålegge de europeiske statene et tyngre ansvar. En slik internasjonal kontroll er av svært stor viktighet i en tid hvor statene selv ser ut til å stramme inn i asylpolitikken. Dette gjelder særlig med tanke på Europas nåværende økonomiske situasjon.

Oppgaven viser likevel at det gjenstår mye arbeid før man har oppnådd et asylsystem i Europa med felles standarder som ivaretar asylsøkernes rettigheter. Fortsatt rapporteres det om dårlige mottaksforhold i flere europeiske land.¹⁹⁶ Det er dermed i fremtiden viktig å undersøke grundigere om også andre land enn Hellas behandler asylsøkere i strid med EMK art. 3. Det har for eksempel blitt publisert flere rapporter om mangelfulle mottaksforhold i Italia de siste årene.¹⁹⁷ Forhåpentligvis har lærdom fra saken M.S.S. medført at konvensjonsstatene her vil handle føre-var, og ikke vente på en dom fra EMD.

En klarere byrdefordeling i forbindelse med behandling av asylsøknader må også til. EMDs avgjørelse i M.S.S. mot Belgia og Hellas viser klart at dette er nødvendig, om de landene som mottar flest asylsøkere i dag, skal ha mulighet til å tilby levelige mottaksforhold. En slik byrdefordeling er også forutsatt i EU- kommisjonens endringsforslag til Dublin II- forordningen.¹⁹⁸

Både EUs vedtatte menneskerettighets charter med retten til asyl fastslått i art. 18, samt EMDs stadig mer utvidede bruk av EMK art. 3 i asylsaker, er positive tegn på at den generelle beskyttelsen av asylsøkeres rettigheter i Europa intensiveres. Det kan se ut til at suverenitetsprinsippet som tidligere har stått svært sterkt på asylrettens område,¹⁹⁹ på denne måten er svekket. Dette forsterkes ved at EMD i dommen betegner asylsøkere som en sårbar gruppe, noe som indikerer en innskrenket statlig skjønnsmargin i fremtidige saker om asylsøkere.

EMD konstaterer også brudd på konvensjonen på grunn av nedverdiggende leveforhold i mottakerlandet. Det kan dermed argumenteres for at leveforholdene i mange land

¹⁹⁶ Se for eksempel Gunten, Jacobsen og Jordal (2011).

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ COM(2008) 820 final

¹⁹⁹ Bayeagan, Harlem (2010)

asylsøkere returneres til, også utenfor Dublinsamarbeidet, er nedverdiggende, om enn av andre grunner enn i M.S.S. Hvordan EMD vil vurdere statenes adgang til å sende ut asylsøkere til disse landene i fremtiden gjenstår å se.

8 Litteraturliste

Norske lover og forskrifter

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009

Forarbeider

Ot. prop. nr. 75 (2006-2007) Utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Bøker og artikler

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007.

Bayegan, Charlotte og Harlem, Mads. *Enhver persons rett til å søke asyl i et annet land ved forfølgelse*. I: Kritisk juss. 2010, s. 229- 232. (sitert fra lovdata 7. mars).

Bunæs, Runa, Kvigne, Kristin O., Vandvik, Bjørn (red.). *Utlendingsrett*. 1. utg. Oslo, 2004.

Einarsen, Terje. *The European Convention on Human Rights and the notion of an implied right to de facto asylum*. I: International Journal of Refugee Law Vol. 2 No. 3, 1990 p 361. (sitert fra lovdata 9. mars).

Emberland, Marius. *Det eksterritorielle vernet i EMK artikkel 3 - en oppdatering*. I: Jussens Venner. 1999, S.31-47. (sitert fra lovdata 9. mars).

Fredriksen, Halvard Haukeland og Skodvin, Knut Einar. *Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens kontroll med vern av grunnleggende rettigheter i EF, EU og EØS*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap 2006 s 527. (sitert fra lovdata 9. mars).

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo, 2003.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. Utg. Oslo, 2002.

Ruud, Morten og Ulfstein, Geir. *Innføring i folkerett*. 3. utg. Oslo, 2006.

Vevstad, Vigdis. *Utvikling av et felles europeisk asylsystem, jus og politikk*. 1 utg. Oslo, 2006.

Internasjonale avtaler

Amsterdam-traktaten	Amsterdam-traktaten om ændring af Traktaten om Den Europæiske Union, Traktaterne om Oprettelse af de Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter, Amsterdam 1. mai 1999
Dublinkonvensjonen	Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities, Dublin, 15. juni 1990
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
EMK,tilleggsprotokoll 1	Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section I of the Convention, Paris 20. mars 1952
EUs charter om menneskerettigheter	Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter, Nice 7. desember 2000
Flyktningkonvensjonen	Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, Genève 28. juli 1951
Lisboa- traktaten	Consolidated version of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, Lisboa 3. mars 2010
Maastricht- traktaten	Provisions amending the Treaty establishing the European Economic Community with a view to establishing the European Community, Maastricht 7. februar 1992
Norges tilknytningsavtale	Agreement between the European Community and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway concerning the criteria and mechanisms for establishing the State responsible for examining a request for asylum lodged in a Member State or in Iceland or Norway, Brussel, 19. Januar 2001
Schengen-konvensjonen	Convention Implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic, on the Gradual Abolition of Checks at their Common Borders, Schengen 19. juni 1990
Verdenserklæringen om menneskerettigheter	FNs verdenserklæring om menneskerettigheter, Paris 10. desember 1948
Wienkonvensjonen om traktatretten	Vienna Convention on the Law of Treaties, Wien 23. Mai 1969

Sekundærrett i EU

(hentet fra <http://eur-lex.europa.eu/>)

Rfo 2725/2000 EF	Council Regulation (EC) No 2725/2000 of 11 December 2000 concerning the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention
Rdir 2001/51 EF	Council Directive (EC) No 2001/51/EC of 28 June 2001 supplementing the provisions of Article 26 of the Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985
Rdir 2003/9 EF	Council Directive (EC) No 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers
Rfo 343/2003 EF	Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national
Rdir 2004/83 EF	Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted
Rdir 2005/85/EC	Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status
COM(2008) 815 final	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council laying down minimum standards for the reception of asylum seekers
COM(2008) 820 final	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, Brussel, 3.12.2008
EP/Rfo 767/2008 EF	Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9 July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation)
COM(2009) 551 final	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted
COM(2009) 554 final	Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing international protection

Dommer fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

A.A. mot Hellas	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 22. juli 2010
Bancovic m. fl. Mot Belgia m.fl.	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19. desember 2001
Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi mot Irland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. juni 2005
Budina mot Russland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. juni 2009
Chahal mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg 15. November 1996
Chapman mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 18. januar 2001
Christine Goodwin mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, 11. juli 2002
Cruz Varas mot Sverige	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. mars 1991
D. mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. mai 1997
Hirsi Jamaa m.fl. mot Italia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. februar 2012
Kozlov mot Finland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. Mai 1991
K.R.S. mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. desember 2008
Mamatkulov og Askarov mot Tyrkia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 4. februar 2005
M.S.S. mot Belgia og Hellas	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21.1.2011
Muslim mot Tyrkia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. april 2005
Orsus m.fl. mot Kroatia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 16. mars 2010
S.D. mot Hellas	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juni 2009
Soering mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. Juli 1989
Stafford mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, 28. mai 2002
Sufi og Elmi mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. juni 2011
Tabesh mot Hellas	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. November 2009
T.I. mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. mars 2000
Tyrer mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. Mars 1997
Viljavarajah m. fl. mot Storbritannia	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 26. september 1991

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetskommisjonen

Hellas- saken	5. november 1969, YB XII, side 501
Dommer fra EU/EF- domstolen i Luxembourg:	
Sag C 72/06	Kommissionen mod Hellas, Saml. 2007 I-00057
Sag C-411/10	N. S. mod Secretary of State for the Home Department, Saml. 2011 s. 00000
Sag C-493/10	M. E. m.fl. mod Refugee Applications Commissioner og Minister for Justice, Equality and Law Reform, Saml. 2011 s. 00000

Norsk underrettspraksis

TOSLO-2009-17738

LB-2009-143086

LB-2009-62723

Øvrig praksis

UNE stornemndsavgjørelse 1. februar 2010, sammendrag N104983316

<http://www.une.no/Praksis2/Stornemnd/>, (sitert 3. mars 2012).

Conseil de contentieux des étrangers. Sammendrag av den belgiske klageinstansens plenumsavgjørelser 26. mars 2010 (40.963, 40.964, 10.965) gjengitt i M.S.S. mot Belgia og Hellas premiss 150.

Elektroniske dokumenter

Norheim, Astrid Dalehaug. *Belgia dømt for Hellas- retur*. Publisert 3. januar 2011

<http://www.vl.no/verden/belgia-domt-for-hellas-retur/> (sitert 18. april 2011).

Cimade. *Droit d'asile: les gens de Dublin II, parcours juridique de demandeurs d'asile soumis à une réadmission selon le règlement Dublin II*. desember 2008.

<http://www.cimade.org/publications?category=Rapports+d%27observation&page=1> (Sitert 19. mars 2012).

Clandestino, *Undocumented migration: counting the uncountable: data and trends across Europe*. Desember 2008.

<http://clandestino.eliamep.gr/> (sitert 19. mars 2012).

Europarådets kommissær for menneskerettigheter, Thomas Hammarberg, following his visit to Greece, 8-10 December 2008. Publisert i Strasbourg, 4. februar 2009. CommDH(2009)6.

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1401927&Site=CM> (sitert 14. april 2012).

Greek Council of Refugees. *Dublin Dilemma- Burden shifting and putting asylum seekers at risk*. 23. februar 2009.

http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/STARTSEITE/Griechenland/Greek_Refugee_Council_DublinSituationNote.pdf (sitert 19. mars 2012).

Gunten, Christina von, Jacobsen, Maria Pitz og Jordal, Ida. *Asylum procedure and reception conditions in Italy: Report on the situation of asylum seekers, refugees, and persons under subsidiary or humanitarian protection, with focus on Dublin returnees.*
<http://www.jussbuss.no/> (sisert 19. april 2012).

Human Rights Watch, *Left to Survive*. Desember 2008
http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/greece1208webwcover_0.pdf (sisert 12. april 2012).

Odysseus - Academic Network for Legal Studies on Immigration. *Comparative overview of the implementation of the directive 2003/9 of 27 january 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers in the EU member states.*
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/484009fc2.html> (sisert 20. mars 2012).

Presidenten for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen. *Practice directions on interim measures*. Vedtatt 7. juli 2011, publisert 28. juli 2011.
http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/5F40172B-450F-4107-9514-69D6CBDECF5C/0/INSTRUCTION_PRACTIQUE_Demandes_de_mesures_provisoires_juillet_2011_EN.pdf (sisert 9. mars 2012).

UNHCR. *Position on the return of asylum seekers to Greece under the Dublin II Regulation*. 9. April 2008.
<http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/4805bde42.pdf> (sisert 20. mars 2012).

UNE. *Stopp i asylreturer til Hellas*. Pressemelding 12. oktober 2010.
<http://www.une.no/Aktuelt/For-pressen/Pressemeldinger/Stopp-i-asylreturer-til-Hellas/> (sisert 3. mars 2012).

UNE. *Ingen returer til Hellas- asylsøknadene behandles i Norge*. Pressemelding 23. februar 2011.
www.une.no (sisert 3. mars 2012).

Vevstad, Vigdis. *Dublin II forordningen*. Forelesningsnotat UiO, 12. mars 2012.
http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5120/v12/Dublin-samarbeidet_%2012.mars.2012.pdf (sisert 19. april 2012).

<http://www.globalis.no/Avtaler/Flyktningskonvensjonen> (sisert 3. mars 2012).