

Mi Christiansen (Flyktningshjelpen) og Øyvind Øyen, UNE

November 2007

EUs Prosedyredirektiv

1. Innledning

En av målsetningene fra Tampere-toppmøtet i oktober 1999 var etableringen av felles standarder for en rettferdig og effektiv asylprosedyre og på sikt en felles asylprosedyre i EU.¹ Etter Amsterdam-traktaten av 1999 art. 63 (1)(3) skal Rådet fastsette felles minimumsstandarder for en slik prosedyre.

Den 1. desember 2005 vedtok Rådet et direktiv om minimumsstandarder for prosedyrer i medlemsstatene for tildeling og tilbakekall av flyktningsstatus (2005/85/EC), heretter Prosedyredirektivet. Dette markerte slutten på første fase i etableringen av Common European Asylum System.

Direktivet ble publisert i Official Journal of the European Union den 13. desember 2005 og trådte i kraft 20 dager senere (art. 45). Fristen for implementering er den 1. desember 2007 (art. 43).² Direktivet vil få effekt for alle asylsøknader og prosedyrer om tilbakekall etter denne dato (art. 44). Innen 1. desember 2009 skal Kommisjonen rapportere til Rådet og Parlamentet om statenes implementering og foreslå nødvendige endringer. Deretter skal Kommisjonen rapportere annethvert år om anvendelsen av direktivet (art. 42).

Formålet med direktivet er å etablere minimumsstandarder og dermed harmonisere praksis for å hindre at asylsøkere oppsøker enkelte stater på grunn av ulik praksis (fortalen par.5 og 6).

2. Bakgrunn

Kommisjonen presenterte et utkast til direktiv den 20. september 2000.³ Dette var basert på Kommisjonens arbeidsdokument "Towards common standards for asylum procedures" fra mars 1999, og innspill fra bl.a. Rådet, Parlamentet, UNHCR og ECRE. Utkastet var også utformet i tråd med tidligere Rådsresolusjoner.⁴

Forhandlingene mellom statene var lange og vanskelige. Spesielt vanskelig var spørsmålene om trygge tredjeland og hjemland, subsidiær beskyttelse, fri rettshjelp og utsatt iverksettelse. Problemet var at de fleste stater hadde ulik praksis. Videre var asylprosedyrene tilpasset nasjonale behov og i liten grad underlagt internasjonal kontroll. Det å harmonisere asylprosedyrene var derfor en utfordring for mange stater.

¹ Presidency Conclusions, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, par.13. Sml. Prosedyredirektivets fortale par. 3.

² Fristen for implementering av art. 15 om fri rettshjelp er satt til den 1. desember 2008.

³ Proposal for a Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status (2000/0238 CNS).

⁴ London Council Resolutions on manifestly unfounded applications (1992), Council Resolution on minimum guarantees for asylum procedures (1995), og Council Resolution on unaccompanied minors who are nationals of third countries (1997).

For å få tilslutning fra alle stater ble det innført en rekke unntak og særordninger slik at mange stater kunne beholde tidligere praksis. Rådet ble enige om hovedinnholdet i april 2004 og presenterte et endelig utkast den 19. november 2004. Dette ble sendt på høring til Parlamentet som ga sin tilslutning den 27. september 2005 med 106 endringsforslag. Direktivet ble vedtatt den 1. desember 2005 uten debatt og uten at Parlamentets forslag ble tatt hensyn til. Både før og etter vedtakelsen har Direktivet fått sterk kritikk fra en rekke organisasjoner, bl.a. UNHCR⁵, ECRE⁶, Amnesty International⁷ og Immigration Law Practitioners` Association⁸. Kritikken er særlig rettet mot reglene om trygge hjemland og tredjeland, og hurtigprosedyrer. Det anføres at asylsøkere kan henvises til antatt trygge tredjeland eller hjemland uten en tilstrekkelig vurdering av søkerens individuelle anførsler.⁹ I tillegg har Direktivet en rekke bestemmelser og unntak som gir vid adgang til å fravike minstestandardene. Dette kan føre til at stater med velutviklet asylsystem senker sin standard for å unngå tilstrømming av asylsøkere, noe enkelte forfattere har beskrevet som et "race to the bottom".¹⁰

3. Folkerettslige forpliktelser

Til tross for en rekke unntak og vage bestemmelser er statene bundet av de folkerettslige forpliktelser som fremgår av Flyktningkonvensjonen, andre menneskerettighetskonvensjoner og generelle EU prinsipper.¹¹ Statene kan ikke innføre prosedyrer som er i strid med folkeretten. Problemet er at folkeretten sier lite om hvilke krav som stilles til asylprosessen. Som Goodwin-Gill påpeker:

"International law has little to say with respect to the procedural aspects of due process...Procedural rights...remain very much within the area of choice of means among States..."¹²

Flyktningkonvensjonen og 1967 Protokollen har ingen prosessregler. I følge UNHCR Håndboken art. 189 er det

"opp til hver tilsluttede stat å etablere de prosedyrer som den anser som best egnet, tatt i betraktning dens konstitusjonelle og administrative strukturer."

Statene er imidlertid bundet av non-refoulement prinsippet og må utforme prosessen på en slik måte at de ikke bryter dette prinsippet. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen har bestemmelser om varetekt i art. 5 og effektive rettsmidler i art. 13, men gir for øvrig liten veiledning. FN konvensjonen Sivile og Politiske rettigheter omhandler rett til rettferdig rettergang i art. 14, men det er uklart om bestemmelsen avgrenser mot asylsaker, slik som

⁵ UNHCR "Provisional Comments on the Proposal for Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status" (Mars 2005), "Response to the European Commission`s Green Paper on the Future Common European Asylum System" (September 2007)

⁶ ECRE "Information Note on the Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005" (Oktober 2006)

⁷ Amnesty International "Observations on the Report of the Working group on Human rights protection in the Context of Accelerated Procedures" (13. juli 2007)

⁸ Immigration Law Practitioners` Association "Analysis and Critique of Council Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status" (July 2004)

⁹ UNHCR hevder at Direktivet mangler "adequate safeguards in the super-safe and safe country provisions" (Pressemelding 30. april 2004: "UNHCR regrets the missed opportunity to adopt high EU asylum standards").

¹⁰ Bl.a. Cathryn Costello "UNHCR Research Paper No. 134: The European asylum procedures directive in legal context" (November 2006) s. 5.

¹¹ Sml. fortalet par. 2, 8 og 9, samt henvisningen til flyktningkonvensjonen i Amsterdam-traktaten art. 63 (1).

¹² Guy S. Goodwin-Gill, "The Refugee in International Law" (2007) s. 533.

EMK art. 6.¹³ Blant soft law instrumenter kan nevnes UNHCR Håndboken par. 192 som gir visse grunnleggende rettigheter (sml. Eksekutivkomiteen nr. 8 fra 1977) og EU Charter of Fundamental rights. Charteret er ikke bindende, men bør tillegges vekt fordi det gir uttrykk for grunnleggende rettigheter som EU anser seg bundet av, jf. Direktivets fortale par. 8.

4. Anvendelsesområde

Direktivet gjelder for alle EU land bortsett fra Danmark. Det omfatter tredjelandsborgere og ikke EU borgere.¹⁴ EU borgere ble inntatt i Kommisjonens utkast, men fjernet under forhandlingene våren 2003 fordi en stat nektet å undertegne dersom EU borgere var omfattet av direktivet.¹⁵ Forklaringen er trolig at det ville ha politiske implikasjoner om et EU land anerkjente flyktninger fra et annet EU land. Det å utelukke EU borgere fra minstestandardene er betenkelig ut fra et likebehandlingsprinsipp. Flyktningkonvensjonen gir ikke grunnlag for å skille mellom EU borgere og andre borgere, og forbyr forskjellsbehandling av flyktninger (dog ikke asylsøkere) på bakgrunn av "hjemland" (art.3). Det at EU generelt anses som trygt kan ikke rettferdiggjøre at EU borgere utelukkes fra prosessen. Om et hjemland er trygt for en søker er et materielt og ikke prosessuelt spørsmål. Man kan heller ikke legge til grunn at ethvert land er trygt for enhver borger til enhver tid. Et eksempel er rom fra Romania. EU borgere burde derfor hatt tilgang prosessen og kunne heller inngå i hurtigprosedyrene

Direktivet gjelder alle søknader om asyl på territoriet, også grensen og i transittområder, men ikke ved utenriksstasjoner.¹⁶ Direktivet gjelder også for tilbakekall av flyktningstatus, bl.a. ved opphør og eksklusjon, slik det er definert i statusdirektivet, jf. art. 2 (j).

Om direktivet skulle omfatte subsidiær beskyttelse var lenge et omstridt tema. Kommisjonen åpnet for at direktivet skulle omfatte enhver form for subsidiær beskyttelse, også opphold på humanitært grunnlag. Våren 2004 ble statene til slutt enige om at begrepet subsidiær beskyttelse skulle begrenses til definisjonen i statusdirektivet art. 15 og at statene fikk en viss valgfrihet. Art. 3 (3) slår nå fast at dersom statene har en felles prosedyre for flyktningstatus og subsidiær beskyttelse skal Direktivet gjelde for hele prosedyren. Dersom statene har en egen prosedyre for subsidiær beskyttelse, kan de velge å se bort i fra direktivet. Dermed kan statene innføre prosedyrer for subsidiær beskyttelse uten minstestandarder. Dette er uheldig etter som subsidiær beskyttelse kan påberopes i flere tilfeller enn flyktningstatus. Den beste løsningen hadde vært en samlet prosedyre med felles minstestandarder. Dette ville ha ført til enklere saksbehandling og større grad av forutberegnelighet, rettsikkerhet og harmonisering av praksis.

5. Beslutningsmyndighet

En av grunntankene i Kommisjonens forslag var at alle asylsøknader skulle avgjøres av ett organ i første instans. I tillegg skulle saksbehandlerne være "fullt ut kvalifisert innenfor asyl og flyktningrett", og ha tilgang på "spesialisert personell" og råd fra eksperter.

¹³ Spørsmålet er ikke avgjort av Menneskerettighetskomiteen og det er uenighet i teorien, sml. Erik Møse i "Menneskerettigheter" (2002) s. 307 og Cathryn Costello i "ILPA Analysis and Critique of Council Directive on Minimum Standards on Procedures in Member States" (2004) s. 6.

¹⁴ Sml. definisjonen av asylsøker og flyktning i art. 2 (c) og (f).

¹⁵ Doede Ackers, "The Negotiations on the Asylum Procedures Directive" (European Journal of Migration and Law No 7, 2005) s. 5 og 14, heretter "Ackers".

¹⁶ Med søknad om asyl menes enhver søknad om internasjonal beskyttelse, jf. art. 2 (b).

De høye kravene til fagkompetanse ble ikke videreført i Direktivet. Etter art. 4 (1) og 2 (e) skal et administrativt organ avgjøre asylsaker i første instans. Det er tilstrekkelig at saksbehandlerne har ”kunnskap om relevante standarder innenfor asyl og flyktningrett”, jf. art. 8 (2). Beslutningskompetansen kan i tillegg delegeres til organ med lavere fagkompetanse, bl.a. for Dublin-saker, grenseprosedyrer, søkere fra trygge Europeiske tredjeland og saker som berører nasjonale sikkerhetshensyn, jf. art. 4.

6. Prosessuelle rettigheter

Informasjon

Veiledningsplikten er grunnleggende og følger bl.a. av Håndboken par. 192.¹⁷ Etter Direktivet art. 10 skal søkeren informeres om prosedyren, tidsrammen, rettigheter og plikter, særlig plikten til å legge frem alle opplysninger, anførsler og dokumentasjon av betydning for søknaden. Søkeren skal også informeres om vedtaket, klagemulighetene og utfallet innen rimelig tid. I Kommisjonens forslag var det presisert at informasjonen skulle gis på et språk søkeren faktisk forstår. Etter Direktivet er det tilstrekkelig at informasjonen gis på et språk som det ”kan være rimelig å anta” at søkeren forstår. Dette kan føre til feil og misforståelser, og i verste fall uriktig avgjørelser.

Retten til å bli hørt

Retten til å bli hørt understrekes i Håndboken par. 192, EU Charter of fundamental rights art. 41, og følger av generelle EU prinsipper.¹⁸

Kommisjonen foreslo at søkeren skulle ha rett til intervju med mindre han var ute av stand til å gjennomføre intervjuet. I Direktivet art. 12 (2) er det en rekke unntak. For det første kan intervju utelates når myndighetene allerede har hatt et ”møte” med søkeren ved utfylling av asylsøknaden.¹⁹ Dette unntaket kom inn våren 2003 fordi enkelte stater, bl.a. Spania, motsatte seg asylintervju med enhver søker. Unntaket gjenspeiler også praksis i Spania hvor søknaden kan avgjøres på grunnlag av opplysninger som søkeren har gitt i et spørsmålsskjema etter et møte med myndighetene. Spania insisterte på dette unntaket for å beholde sin praksis.²⁰

Videre kan intervju utelates når søknaden anses ubegrunnet fordi søkerens opplysninger har liten eller ingen relevans for vurderingen av flyktningstatus, søkeren har et trygt hjemland eller tredjeland, eller søkerens forklaring er klart ikke overbevisende (”clearly unconvincing”) pga. usammenhengende, motstridende, usannsynlig eller utilstrekkelig fremstilling. Dette er uheldig. Hensikten med intervju er nettopp å få en fullstendig fremstilling av saken, oppklare

¹⁷ I norsk rett har forvaltningen en generell veiledningsplikt etter forvaltningsloven § 11 og opplysningsplikt om saksbehandlingstid etter § 11 a. Politiet har en særlig veiledningsplikt ved asylregistrering etter utlendingsloven § 34 om rett til fullmektig og bistand. I tillegg skal UDI i samarbeid med NOAS påse at søkeren får fortløpende informasjon om prosessen, samt rettigheter og plikter.

¹⁸ I Norge har søker rett til asylintervju med mindre de omfattes av første asyllandsregelen, passkontrolloverenskomsten eller Dublin-regelverket. Saksbehandler lager en rapport fra intervjuet som skal leses opp for søkeren og godkjennes før intervjuet er over. Kvinnelige søkere skal ha tilgang på kvinnelig intervjuer og tolk så langt det er praktisk mulig. I tillegg skal søkeren fylle ut en egenerklæring og gi grunnleggende informasjon ved asylregistrering.

¹⁹ Møtet må oppfylle kravene til konfidensialitet, intervjuer og tolk, jf. art. 13 (3). Det må også foreligge en rapport fra møtet med den viktigste informasjonen, jf. art. 14 (4).

²⁰ Ackers s. 5 og 15.

uklarheter og motstrid, og belyse om et hjemland eller tredjeland er trygt eller ikke for den enkelte søker. Uten intervju er det tvilsomt om myndighetene har tilstrekkelig informasjon for å kunne foreta en realitetsvurdering etter Statusdirektivet art. 4. Det er også fare for at enkelte søkere returneres i strid med forbudet mot refoulement. Dette gjelder særlig personer som mangler evne til å gi en tilstrekkelig presis og utfyllende informasjon i asylsøknaden.

Etter Direktivet skal intervjueren være tilstrekkelig kompetent til å se hen til personlige eller generelle omstendigheter rundt søknaden, herunder søkerens kulturelle tilhørighet og sårbarhet. Videre må oversetteren være i stand til å sikre en tilstrekkelig kommunikasjon.

Det er ikke et krav om at kvinneligere søkere skal ha rett til kvinnelig tolk eller intervjuer. Dette ble foreslått av Kommisjonen, men avvist fordi flere stater insisterte på at de ikke hadde tilstrekkelig antall kvinnelige tolker og intervjuere. Det ble også anført at profesjonalitet var viktigere enn kjønn. I tillegg fryktet enkelte at søkeren kunne drøye saksbehandlingen ved å kreve en bestemt tolk eller intervjuer.²¹ Det er heller ikke krav at intervjueren har barnefaglig kompetanse annet enn ved intervju av enslige mindreårige asylsøkere.

Det er heller ikke et krav om intervjuutskrift, som Kommisjonen foreslo og som ofte er viktig for å kunne vurdere spørsmål om troverdighet. Etter Direktivet er det tilstrekkelig å lage en rapport fra intervjuet med den viktigste informasjonen.

Intervjuet kan avholdes på et språk som det er rimelig å anta at søkeren forstår og ikke faktisk forstår. Dette er betenkelig. For å sikre best mulig informasjonsflyt og unngå misforståelser er det viktig at søkeren kan uttrykke seg presist og utfyllende, og beherske språket fullt ut. Dette gjelder særlig for søkere som skal fortelle om traumatiske forhold, f. eks. seksuelle overgrep.

Det er ikke et krav om at medfølgende ektefelle eller barn blir intervjuet separat. Dette burde være pålagt for å sikre at kvinner kan fortelle fritt om overgrep som mannen ikke kjenner til eller står bak, f.eks. vold i hjemmet eller tvangsprostitusjon. Det at barn ikke høres i asylsaker er et brudd på barnekonvensjonen art. 12.

Representasjon

Rett til fri rettshjelp er ennå ikke anerkjent av EU domstolen, men EU Charteret art. 47 slår fast at det skal gis fri rettshjelp når søkeren mangler midler og det er nødvendig for å sikre effektiv adgang til prosessen.²²

Kommisjonen foreslo en bestemmelse i samsvar med Charteret art. 47, men Hellas motsatte seg dette fordi det ikke var i samsvar med deres lovgivning. Tyskland og Østerrike ville også innføre begrensninger.²³ Etter Direktivet art. 15 har søkeren rett til å bistand fra egen advokat eller rådgiver i første instans, men ikke fri rettshjelp. Dette gis bare i klageomgangen og kan begrenses på ulike måter, bl.a. til klager som sannsynligvis vil vinne frem. Videre kan statene kan innføre beløps- og tidsmessige begrensninger og kreve tilbakebetaling av utgiftene dersom søkerens økonomiske situasjon bedrer seg. Direktivet gir ingen veiledning for beløps eller tidsgrensene. Mye er overlatt til statene.

²¹ Ackers s. 7

²² Etter norsk rett har søkere rett til fri rettshjelp/rettsråd uten behovsprøving i klageomgangen, men ikke i første instans, jf. utlendingsloven § 42 (3). Dette skjedde en lovendring i 2005 som innebar at fritt rettsråd bortfalt i første instans og ble erstattet av informasjon og veiledning fra NOAS.

²³ Ackers s. 5

UNHCR har rett til å ha kontakt med asylsøkere, jf. art. 10 (1)(c). Dette gjelder også søkere i varetekt eller transittområder, jf. art. 21 (1)(a). Med søkerens samtykke har UNHCR også rett til opplysninger om søknaden, prosedyrene og fattede vedtak. Videre har UNHCR rett til å presentere sitt syn i enkeltsaker overfor myndighetene på ethvert tidspunkt i prosedyren, jf. art. 21 (1)(b) og (c).

Krav til vedtak og vurderinger

Rett til begrunnelse ved avslag er en grunnleggende prosessuell rettighet som bl.a. skal sikre åpenhet og tillit til forvaltningen, og mulighet til å påklage og overprøve vedtaket. Denne retten er nedfelt i EU Charteret art. 41.²⁴

Art. 8 (2) slår fast at både vurderingene og vedtakene skal være ”individuelle, objektive og upartiske”, og bygge på presis og oppdatert informasjon fra forskjellige kilder, inkludert UNHCR. Kravet til saksopplysning må ses i sammenheng med undersøkelsesplikten i Statusdirektivet art. 4. Etter art. 22 må informasjonen innhentes på en måte som ikke ”direkte” utsetter søkeren eller søkerens familie for fare. I Kommisjonens forslag var det strengere krav til taushetsplikt og konfidensialitet. Det var en plikt til å påse at myndighetene i hjemlandet rent faktisk ikke fikk vite om søknaden.

Etter art. 9 skal vedtaket være skriftlig. Ved avslag skal vedtaket angi det faktiske og rettslige grunnlaget, samt informasjon om klageadgangen.

Klageadgangen

Rett til å prøve gyldigheten av et vedtak er uomtvistet i internasjonal rett, bl.a. EU-retten, sml. Charteret of Fundamental Rights art. 47. Dette følger også av UNHCR Håndboken par. 192. Søkeren har ikke nødvendigvis rett til en administrativ klageadgang i tillegg til domstolsprøving. Dette beror på rettssystemet i den enkelte stat.²⁵ Etter Håndboken par. 192 bør det gis utsatt iverksettelse i klageomgangen.²⁶

Kommisjonen hadde foreslått et to-trinns klagesystem. Etter at klagen var avgjort av klageorganet kunne søkeren klage videre til en klagedomstol (Appellate Court) i hver enkelt stat. Tanken var at alle stater skulle ha en klagedomstol for å sikre lik praksis. Dette ble ikke videreført i direktivet, som kun gir rett til effektive rettsmidler ved en domstol eller et tribunal.²⁷ Det sier ikke at statene skal ha en to trinns behandling eller klagedomstol.

²⁴ I norsk rett er kravene til vedtakets form og innhold, samt underretning om vedtaket og klage regulert i forvaltningsloven §§ 23 flg. Det kreves skriftlige vedtak som angir det faktiske og rettslige grunnlaget for vedtaket og underretning om klageadgangen.

²⁵ Fortalen par. 27 viser til at spørsmålet om det finnes et effektivt rettsmiddel beror på ”the administrative and judicial system of each Member State seen as a whole”. Sml. UNHCR Håndboken par. 192 (vi) som gir rett til å klage enten til samme eller annet organ, administrativt eller judisielt, ”according to the prevailing system”. I Norge har søkeren alminnelig klageadgang etter forvaltningsloven §§ 28 flg. innen 3 uker. Før klagen oversendes Utlendingsnemnda skal Utlendingsdirektoratet foreta en forberedende klagebehandling og vurdere omgjøring av eget vedtak. Deretter oversendes saken til ordinær klagebehandling i nemnda som kan prøve alle sider av asylsaken. I klageomgangen gis det utsatt iverksettelse med unntak av åpenbart grunnløse saker, jf. utlendingsloven § 40. Ved avslag kan søkeren reise sivil søksmål og prøve nemndas vedtak for domstolene.

²⁶ Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen har også lagt til grunn at det bør gis utsatt iverksettelse etter art. 13 når søkeren har presentert en ”arguable complaint”, jf. Jabari v. Tyrkia (2000), Hilal v. Storbritannia (2001) og Conka v. Belgia (2001).

²⁷ Domstol og tribunal er definert i Amsterdam-traktaten art. 234, jf. Direktivets fortale par. 27.

Ikke bare asylvedtak kan prøves, men også avgjørelser om å avvise en søknad, vedtak truffet etter grenseprosedyrer, vedtak om å ikke gjenåpne saker hvor søknaden er trukket tilbake, vedtak om ikke å vurdere etterfølgende søknader og tilbakekall av flyktningstatus. Søkeren skal ha rett til oversetter, kontakt med UNHCR, informasjon i rimelig tid, og fri rettshjelp med de begrensninger som følger av Direktivet.

I Kommisjonens forslag ble det gitt utsatt iverksettelse med mindre søknaden var åpenbart grunnløs. Under forhandlingene høsten 2003 var det fremdeles uenighet om dette punktet. Spania motsatte seg at utsatt iverksettelse skulle følge av loven fordi dette ble avgjort av spanske domstoler etter begjæring fra søkeren.²⁸ I østerrikske lov kunne det ikke gis utsatt iverksettelse i Dublin saker eller ved etterfølgende søknader, mens tysk lov nektet utsatt iverksettelse ved trygge tredje land. Det ble foreslått en hovedregel om utsatt iverksettelse og en rekke unntak bl.a. ved grenseprosedyrer og hurtigprosedyrer. UNHCR gikk hardt ut og hevdet at unntaket ville bli regelen dersom dette forslaget ble vedtatt.²⁹ Til sist var det ikke mulig å bli enige om en løsning. Man lot det ligge. Etter Direktivet skal nå statene selv gi regler om utsatt iverksettelse i sin lovgivning.

Videre skal statene skal gi regler om klagefrister og andre forhold ved klageadgangen. Statene kan også gi regler om når søkeren anses å ha trukket eller frafalt klagen. Når søkeren har fått en annen tillatelse med samme rettigheter som flyktningstatus, kan domstolen avvise klagen på grunn av manglende klageinteresse. Dette er uheldig. Etter flyktningkonvensjonen art. 1 E er man bare utelukket fra flyktningstatus dersom man har samme status som vanlige borgere i landet.

Varetekt

Utgangspunktet etter internasjonal rett er at varetektfengsling av asylsøkere bør bare skje unntaksvis, med hjemmel i lov, i den grad det er nødvendig for å oppnå visse legitime formål, proporsjonalt med disse formål og på en ikke-diskriminerende måte.

Flyktningkonvensjonen har en egen, spesifikk bestemmelse på dette³⁰ og bestemmelsen i direktivet er en refleksjon av denne. Imidlertid finnes det mer relevant praksis i en del av de andre Menneskerettighetsinstrumentene³¹. EMK art. 5 gir for eksempel adgang til frihetsberøvelse med sikte på uttransportering, men ikke en generell rett til å varetektsfengsle enhver søker, særlig ikke før det foreligger et negativt vedtak og man vet om søkeren skal uttransporteres. Bestemmelsene i Returdirektivet er også i stor grad knyttet til uttransport og gir her en nærmere definisjon om hva som for eksempel menes med "risk of absconding"³². UNHCR Excom No 44 1986 angir legitime formål, bl.a. å verifisere identitet, beskytte nasjonal sikkerhet eller offentlig orden, å behandle saker hvor søkeren har ødelagt identitetsdokumenter og fremlagt falske dokumenter.

²⁸ Ackers s. 6

²⁹ Ackers s. 25

³⁰ Artikkel 31

³¹ SP art 9 og Barnekonvensjonen art 5, EMK art 5

³² Returdirektivet artikkel 3 (ga) (new as of 16.10.07)

(ga) 'risk of absconding' means the existence of serious reasons, defined by individual and objective criteria, to believe that a third-country national who is already subject to a return decision or a removal order might abscond; the risk of absconding shall not automatically be deduced from the mere fact that a third-country national is illegally resident on the territory of a Member State;

(gb) 'temporary custody facilities' means specialised facilities where third-country nationals who are or will be the subject of a return decision or a removal order are kept in temporary custody with the objective of preventing them from absconding during the preparation of their removal;

Noe av kritikken mot direktivet har gått på at det for eksempel ikke finnes noen definisjon av varetekt. Her finnes dog en definisjon i Returdirektivet art 3 (gb)³³ men det er et spørsmål om man automatisk kan overføre betydningen av begrepene. Det er heller ikke regler om grunnlaget for varetekt (returdirektivet art 14?), tidsrammer eller maksimal tid i varetekt. Man har sagt noe om dette i Returdirektivet³⁴ (jeg tror faktisk de bestemmelsene er bedre enn i Norge selv om NGOene er opprørt her – må sjekke)

Når det gjelder enslige mindreårige asylsøkere ikke barn/barnefamilier eller sterkt traumatiserte personer finnes det bestemmelser i Returdirektivet som også inkluderer en generell definisjon på såkalte sårbare personer³⁵. Asylsøkere har adgang til UNHCR, men det er ingen regler om adgang til advokat eller annen juridisk bistand (sjekk returdirektivet). Det er ingen selvfølge at de har rett til å søke om asyl i den perioden de er holdt i varetekt. Det vil i praksis komme an på til hvem/hvor statene bestemmer at søknaden skal rettes og hvordan dette faciliteres. Det er imidlertid åpenbart at slik varetekt ikke bør være til hinder for at man skal ansees for å ha fremmet søknad innen rimelig tid.

Man har heller ikke rett til fri rettshjelp før et eventuelt negativt vedtak foreligger. Det burde også være regler om at søkere ikke skal holdes sammen med alminnelige kriminelle.

7. Nærmere om prosedyrene

7.1 Adgangen til prosedyrer

FNs Menneskerettighetserklæring art. 14 slår fast retten til å søke om asyl. Direktivet har ingen tilsvarende prinsippbestemmelse, men sier i fortalen par. 13 at søkeren skal ha effektiv adgang til prosedyrene. Videre sier art. 6 (2) at enhver voksen person skal ha rett til å fremme en selvstendig søknad om asyl.

Statene kan kreve at søknaden fremsettes til en bestemt person og/eller et bestemt sted. Dette kan være et problem for personer i fengsel eller varetekt, som vil være utelukket fra å søke med mindre de har fullmektige. UNHCR har kun adgang til asylsøkere i varetekt, jf. art. 21 (1)(a), og ikke personer som ønsker å søke om asyl.

Direktivet inneholder ingen tidsfrister, men sier i art. 8 (1) at søknaden ikke skal avvises utelukkende fordi den fremsettes sent. Søknader som ikke fremsettes så tidlig som mulig kan bli gjenstand for hurtigprosedyrer, jf. art. 23 (4)(i) og (l).

³³ (gb) 'temporary custody facilities' means specialised facilities where third-country nationals who are or will be the subject of a return decision or a removal order are kept in temporary custody with the objective of preventing them from absconding during the preparation of their removal;

³⁴ Article 14, paragraph 4 b (new)

4b. Member States shall provide for a period of three months after which temporary custody shall cease to be justified. Member States may shorten this period or extend this period up to 18 months in cases in which in spite of all reasonable efforts the removal operation is likely to last longer due to a lack of cooperation on the part of the third-country national concerned or due to delays in obtaining the necessary documentation from third countries or if the person concerned represents a proven threat to public order, public security or national security.

³⁵ (gc) 'vulnerable persons' means minors, unaccompanied minors, disabled people, elderly people, pregnant women, single parents with minor children and persons who have been subjected to torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence.

Departementet har i likhet med lovutvalget foreslått en ny bestemmelse i § 93 om at asylsøknader skal fremsettes uten ugrunnet opphold. Hvis ikke, kan det ha betydning for søkerens troverdighet. Det ble bl.a. vist til at en plikt til å fremsette søknad uten ugrunnet opphold følger forutsetningsvis av Flyktningkonvensjonen art. 31 (1). Både lovutvalget og departementet påpekte at en søknad ikke kan avslås alene fordi den er fremsatt sent, jf. NOU 2004:20 pkt. 6.11.11.3. og Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) pkt. 6.2.5.

Etter art. 7 har søkeren rett til utsatt iverksettelse inntil vedtak i første instans med unntak av etterfølgende søknad som ikke blir realitetsbehandlet og utlevering av mistenkte til EU, tredje land eller til internasjonale straffedomstoler. Utlevering av kriminelle kan reise vanskelige spørsmål om eksklusjon og vern etter EMK art. 3, særlig i forhold til tredjeland, og bør ikke effektueres før det foreligger vedtak i første instans.

Man kan stille seg spørsmålet om innføringen av begreper som ”trygt” / ”ikke trygt” får noen konsekvenser for flyktningretten ut over ”well founded fear of persecution”. Det er flagget helt klart i fortalen³⁶ til direktivet at disse begrepene henger sammen med ønsket om å begrense den såkalte ”sekundære” tilførselen av asylsøkere til Europa. Det er betenkelig at man nå er i ferd med å innføre disse begrepene tatt i betraktning at man aldri helt klarte å lande diskusjonen rundt hva som faktisk vil innebære ”effektiv beskyttelse”. Man legger i direktivet opp til en differensiering i hva som skal anees som effektiv beskyttelse (fyll ut). De enkelte bestemmelsen er kanskje ikke så uheldige sett hver for seg men samlet sett er de viktige byggestener i hva EU velger å legge i begrepet effektiv beskyttelse. I tillegg kommer EUs avtaler med tredjeland i Nord Afrika som i praksis legger opp til en begrensning av sekundære forflyktninger

Man avviser mer eller mindre kategorisk at visse person ikke har behov for beskyttelse *ut over* det UNHCR aksepterer som *manifestly unfounded applications*. Direktiver bruker også begrepet ”unfounded” søknader som en tilleggskategori der man kan innskrenke rettigheter i søknadsprosessen. Cathryn Costello påpeker i *The European asylum procedures directive in legal context* (2006) UNHCR Research Paper 134 side 8 “In addition, claims may be regarded as “manifestly unfounded” on a range of bases, many of which are unrelated to the substance of the claim”. Dette er et langt steg fra UNHCR ExCom konklusjon No. 30 fra 1983 *The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum* der focus er på “abusive applications”, det vil si et element av bevisst utnyttelse fra individets side. EU koblet imidlertid allerede i 1992 i sine London resolusjoner mellom ”manifestly unfounded” og søknader fra såkalte ”trygge land”. Normalt sier UNHCR at det er akseptabelt at slike søknader heller ikke skal ha oppsettende virkning. Dette bli imidlertid mye mer problematisk når definisjonen strekkes så langt som i direktivet.

I norsk praksis brukes uttrykket ”åpenbart grunnløse” blant annet om søkere som kommer fra land som anees for ”sikre”. Dette er avhengig av en fortløpende vurdering i UDI og det er ikke nedfelt noen formelle kriterier for denne vurderingen. Imidlertid vil en slik kategorisering ikke medføre avvisning uten realitetsbehandling men bare en form for hurtigprosedyre. Det kan imidlertid skje at vedkommende ikke får utsatt iverksettelse i klageomgangen.

³⁶ Preamble

(23) Member States should also not be obliged to assess the substance of an asylum application where the applicant, due to connection to a third country as defined by national law, can reasonably be expected to seek protection in that country.....In order to **avoid secondary movements** of applicants, common principles for the consideration or designation by Member States of third countries as safe should be established

Et tilleggspørsmål er knyttet til de begrensninger som er lagt til såkalte "border procedures" og "transit zones"³⁷. De samlede mulige unntakene knyttet til slike prosedyrer kan bety at en person rett og slett i realiteten ikke får noen effektiv tilgang til asylprosedyren. I tillegg finner man også at uttrykket blir snudd slik at unntaksordningen snarere blir hovedregelen. Man kan lure på hva som menes når uttrykket "well-foundedness" blir knyttet til selve søknaden ifbm pp (17)³⁸.

7.2 Avvisning uten realitetsbehandling

Artikkelen åpner for muligheten til ikke å realitetsbehandle følgende saker:

- 2 *Member states may consider an application for asylum as inadmissible pursuant to this article if:*
- a. *Another Member State has granted refugee status;*
 - b. *A country which is not a Member State is considered as a first country of asylum for the applicant, pursuant to article 26;*
 - c. *A country which is not a Member State is considered as a safe third country for the applicant, pursuant to Article 27;*
 - d. *The applicant is allowed to remain in the Member State concerned on some other grounds and as a result of this he/she has been granted a status equivalent to the rights and benefits of the refugee status by virtue of Directive 2004/83/EC;*
 - e. *The applicant is allowed to remain in the territory of the Member State concerned on some other grounds which protect him/her against refoulement pending the outcome of a procedure for the determination of status pursuant to point (d);*
 - f. *The applicant has lodged an identical application after a final decision;*
 - g. *A dependant of the applicant lodges an application, after he/she has in accordance with article 6(3) consented to have his/her case be part of an application made on his/her behalf, and there are no facts relating to the dependant's situation, which justify a separate application.*

Avvisning uten realitetsbehandling eller såkalte "inadmissible applications" er et alvorlig inngrep i retten til asyl, blant annet slik den er nedfelt i EU Charter Artikkel 18³⁹. Dette er ikke bare en begrensning, slik som hurtigprosedyrer eller unntaksbestemmelser, men avskjærer en mulig søker fra å få saken sin vurdert overhode. Dette behøver ikke å bety at personen blir sendt tilbake til forfølgelse men det øker faren for refoulement ganske betraktelig.

I forbindelse med den forslag til ny Utlendingslov har man nå innført en eksplisitt bestemmelse som gir mulighet til å avskjære realitetsbehandling. Innholdet følger i stor grad Utlendingslovens §17 men i nåværende ordning sier bestemmelsen bare noe om mulighet til avslag eller saken blir hurtigbehandlet. Full avvisning foretas ikke selv for åpenbart grunnløse saker. Eneste unntak er Dublin-saker.

³⁷ Dette uttrykket reiser sine egne problemstillinger om definisjon, eksempelvis I de pågående forhandlingene om Returdirektivet art 3 (aa) (new as of 16.10.07)
(aa) 'transit zone' means a clearly designated and limited area located in an airport, in a port or at the external and borders on the territory of a Member State, where a third-country national, who has not crossed a border control and has not yet passed a checkpoint, is temporarily placed until a decision concerning the entry or the refusal of entry into the territory of the Member State in question is taken by the competent authorities of that State;

³⁸ A key consideration for the well-foundedness of an asylum application is the safety of the applicant in his/her country of origin. Where a third country ...

³⁹ Art 18

The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and in accordance with the Treaty establishing the European Community

Litra a – annet medlemsland har innvilget asylstatus

Denne bestemmelsen tilsvarer UI §17(1)(b) og er stort sett uproblematisk selv om saken kan avvises uten realitetsbehandling.

Litra b – første asylland utenfor EU

Denne bestemmelsen tilsvarer UI §17(1)(c og d)

Kravet kan avvises uten realitetsbehandling, jf. art. 25 (2)(b). Med ”første asylland” regnes land hvor søkeren har blitt anerkjent som flyktning i det landet og fortsatt kan få beskyttelse der, eller land hvor søkeren på annet måte får tilstrekkelig beskyttelse, og nyter godt av non-refoulement prinsippet jf Artikkel 26. Det forutsettes at søkeren har tilgang på området. Det kan her stilles spørsmålsteget ved om ”beskyttelse som flyktning” og ”tilstrekkelig beskyttelse” her faktisk betyr at man har tilgang til alle rettigheter etter flyktningkonvensjonen, både juridisk og materielt. Det kan se ut til at det er forutsatt at det skal ligge noe mer enn bare non-refoulement i beskyttelsen ettersom dette er nevnt eksplisitt. Ved vurdering kan man se hen til artikkel 27 (1).

I Norge finnes en tilsvarende regel i Utlendingsloven §17 og den blir stort sett praktisert slik at man forsikrer seg om at individet har tilgang til asylprosedyren i det aktuelle landet i tillegg til at innholdet i en eventuell flyktningstatus tilfredsstiller konvensjonskravet. Det blir også sett hen til om vedkommende har familietilknytning til det aktuelle landet. Bestemmelsen blir lite brukt ut over de sakene som omfattes av Dublin-ordningen.

Litra c – trygt tredje asylland utenfor EU

Vi har ingen tilsvarende bestemmelse i Norsk rett.

Kan avvises uten realitetsbehandling, jf. art. 25 (2)(b). Bestemmelsen er i grunnen noe forbausende tatt i betraktning av at bestemmelsen skal kunne anvendes til å sende personer tilbake til land som de har en marginal tilknytning til. De mest aktuelle tilfellen vil være transittland. Her vil det bli helt avgjørende hvilken standard landene legger seg på for å avgjøre hva som måtte være en rimelig forbindelse.

Bestemmelsen refererer til den situasjon at et tredjeland utenfor EU kan behandle søknaden eller gi tilstrekkelig beskyttelse. Fortalen par. 22: “*it can be reasonably assumed that another country would do the examination or provide sufficient protection*”. Regelen gjelder **ikke** for EU land som omfattes av Dublinsamarbeidet, jf. fortalen par. 29.

I Art. 27 finnes en utdyping av det som blir ansett som ”sikkert” eller ”effektiv beskyttelse”. Statene kan bare anvende trygt tredjeland konseptet når:

- liv og frihet ikke er truet på grunnlag av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell gruppe eller politisk oppfatning
- non-refoulement prinsippet i Flyktningkonvensjonen respekteres
- forbudet mot retur til tortur, umenneskelig behandling osv. respekteres, og
- har mulighet til å søke om flyktningstatus, og hvis innvilget, motta beskyttelse i henhold til Flyktningkonvensjonen

Denne siste bestemmelsen legger en viktig føring for hva som kan legges i begrepet ”effektiv beskyttelse”. Hvis forutsetningen er at *også alle de materielle bestemmelsene* i Flyktningkonvensjonen må være tilstede for å kunne anvende bestemmelsen har innholdet i ”effektiv beskyttelse” fått en solid forankring.

Direktivet gir videre føringer til hva som skal reflekteres i nasjonal lovgivning. Dette inkluderer:

- a. Hvilken forbindelse mellom asylsøkeren og tredjelandet som kreves for at det skal være rimelig å henvise til dette landet f.eks. familie eller tidligere opphold, språklig og kulturell tilknytning. UNHCR mener at transitt bør ikke være nok med mindre det er en formalisert avtale mellom stater med sammenlignbare asylsystem og standarder. Her burde man ha klarere regler for rimelighetskriteriet, jf. harmonisering og forutberegnelighet. Når man har rimelighetskriterier i forbindelse med anvendelsen av IFA burde det også være en del av vurderingen her.
- b. Metoden for å fastslå trygge tredjeland. Når man skal vurdere om det er trygt å sende søkeren til et tredjeland for asylbehandling, **må** det skje en individuell vurdering hvis søker påberoper seg fare for tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Hvis ikke er det fare for kjede-refoulment. Derimot er det valgfritt om man legger opp til individprøving eller generell landvurdering når det gjelder hvorvidt et land kan ansees som ”trygt” ut over dette.

3. ledd i bestemmelsen sier at dersom søkeren henvises til et tredjeland, **skal** søkeren informeres om dette og utstedes et dokument som informerer myndighetene i tredjelandet om at det ikke er foretatt en realitetsvurdering av søknaden. Dersom søkeren nektes adgang til tredjelandet, skal han ha tilgang til prosedyrene i søkerlandet i henhold til kap.2. Medlemsstatene skal informere Kommisjonen om hvilke land som regnes som trygge tredjeland.

Asylintervju kan utelates etter art. 12 og det er også adgang for hurtigprosedyrer etter art. 23 (4)(c)(ii)

Trygge tredjeland prinsippet er blitt mindre relevant ettersom EU ble utvidet med 10 nye land, Norge og Island er medlemmer av Dublin II, og Sveits blir medlem. Det burde imidlertid være unntak for enslige mindreårige og andre spesielt sårbare personer.

Trygge Europeiske tredjeland (supersafe third countries)

Rent lovteknisk er det underlig at direktivet i større grad åpner for/oppfordrer til avvisning av saker fra tredjeland, jf. art. 25 (2)(c), enn fra Europeiske tredjeland når slike land anses som ”supertrygge”. (Har man dårligere vern hvis man kommer på lovlig vis? Dvs ren trygg tredjeland)

Kravene er som følger:

- a. søkeren har kommet ulovlig fra et trygt Europeisk tredjeland
- b. landet må ha tiltrådt og overholde flyktningkonvensjonen uten geografiske/tidsmessige begrensninger

- c. landet må ha et asylsystem i henhold til lov
- d. landet må ha ratifisert EMK
- e. landet må ha blitt utpekt av Rådet. Rådet kan utpeke et trygt europeisk land etter kvalifisert flertall etter forslag fra Kommisjonen og konsultasjoner fra Parlamentet.⁴⁰

Dersom statene velger å behandle søknaden helt eller delvis kan man fravike de alminnelige reglene i kap. II (art. 24).

Medlemsstatene skal lage nasjonale regler for implementeringen og konsekvensene av denne bestemmelsen. Krav til prosedyren er:

- overholdelse av non-refoulement prinsippet
- det skal legges inn unntak fra anvendelsen for humanitære eller politiske grunner, eller av hensyn til internasjonal rett.
- ved henvisning til tredjeland skal søkeren informeres og gis et dokument som viser myndighetene i tredjelandet om at det ikke er foretatt noen realitetsvurdering av søknaden.

Dersom tredjelandet ikke tar imot søkeren, skal han gis adgang til prosedyrer iht. kap. 2. Stater som allerede har utpekt trygge tredjeland før 1. desember 2005, kan anvende disse inntil Rådet har vedtatt en minimumsliste. Asylintervju kan utelates etter art. 12.

Art. 36 pålegger ikke statene en uttrykkelig plikt til å foreta en individuell vurdering. Hvordan kan statene vite om de overholder non-refoulement prinsippet iht. art. 36 (4) når søknaden kan avvises uten intervju, jf. art. 12, eller realitetsvurdering av den enkelte søker? Blant aktuelle tredjeland er Albania, Hviterussland, Ukraina, Kroatia, Serbia, Montenegro, Tyrkia, Makedonia, Russland. De holder ikke en ”particularly high human rights and refugee protection standards”. En absolutt presumsjon for at alle asylsøkere som kommer fra disse landene vil være i strid med internasjonal flyktningrett.

Denne bestemmelsen ble sterkt kritisert av UNHCR og ECRE som ønsket den helt fjernet.

litra d – samme rettigheter som flyktningstatus

Spørsmålet er igjen hvordan det blir praktisert og hva som er hensikten med bestemmelsen. Det er et problem at slike bestemmelser bidrar til underminerer flyktningkonvensjonen om statene kan avskjære søknad om asyl ved å gi andre former for beskyttelse. Det er viktig at den alternative statusen gir de rettigheter som følger av Flyktningkonvensjonen art. 2-34. I den sammenheng bør det påpekes at Statusdirektivet ikke inkorporer alle rettigheter for subsidiær beskyttelse (alle rettigheter etter FK eller alle rettigheter tillagt flyktningstatus?)

I norsk rett vil opphold på humanitært grunnlag stort sett dekke alle rettigheter som flyktning iht FK selv om det ikke nødvendigvis vil dekke alle rettigheter man får ved asylstatus. Viktigst er muligens forskjeller knyttet til begrensninger i utvisningsmuligheten og muligheten til familiegjening. I forslag til ny lov er beskyttelse etter Flyktningkonvensjonen og etter andre internasjonale bestemmelser slått sammen så problemstillingen blir antagelig ikke like aktuell her.

Litra e - Dublin

⁴⁰ Fortalen par. 24: “certain European third countries, which observe particularly high human rights and refugee protection standards”

Tilsvarende bestemmelse i UI§(1)(e)

saker under Dublin II-forordningen, et annet medlemsland har gitt flyktningstatus, søkeren får opphold i medlemslandet og dermed vern mot refoulement i påvente av sak som gjelder en slik tillatelse, når søkeren fremmer identisk søknad etter endelig vedtak, familiemedlem fremmer søknad etter å ha akseptert at man har felles søknad med søkeren og det ikke er noe ved medlemmets situasjon som kan begrunne egen søknad

Litra f – identisk søknad

Her vil et springende punkt være hvor lenge etter et endelig avslag ny sak blir fremmet. I noen tilfeller vil det kunne være avhengig også av oppdatert informasjon for saksbehandlers side.

Litra g – familiemedlem som har felles søknad med annet familiemedlem

Her kommer det helt an på hva som legges i begrepet ”justify a separate application”. Prinsipielt sett begrenser dette retten til å søke asyl men det er muligens ikke av de mest problematiske bestemmelsene.

7.3 Grenseprosedyrer

Internasjonal flyktningrett skiller ikke mellom personer som søker på grensen eller inne i landet. Forbudet mot refoulement gjelder begge steder.⁴¹ I norsk rett er det ingen særlige grenseprosedyrer. Kommisjonen hadde ikke foreslått egne grenseprosedyrer. Dette ble etterlyst allerede under de første møtene i Rådet høsten 2000 og våren 2001.⁴²

Etter art. 35 kan statene ha egne asylprosedyrer på grensen eller i transittsoner for søknader som fremmes på slike steder. Saksbehandlingen skal følge minstestandardene, men kan delegeres til andre organ med lavere fagkompetanse, jf. art. 4 (2). I tillegg kan statene beholde grenseprosedyrer som ble etablert før direktivet trådte i kraft og fraviker minstestandardene, jf. art. 35 (2) sml. art. 24. Dersom dette skjer skal søkeren likevel ha visse grunnleggende rettighetene.⁴³ Dersom søkeren nektes adgang til riket skal myndighetene oppgi det faktiske og rettslige grunnlaget for å anse søknaden som ubegrunnet eller avvise søknaden. Vedtak skal treffes i rimelig tid og senest innen 4 uker. Hvis ikke, skal søkeren gis adgang til riket og søknaden behandles på vanlig måte.

Det synes ikke å være noen saklig og rimelig grunn til å forskjellsbehandle søknader som fremmes på grensen og inne i landet. Problemet er ikke bare at grenseprosedyrerne gir færre rettigheter, men at kvaliteten på saksbehandlingen trolig er lavere fordi sakene kan avgjøres av organ med lavere fagkompetanse og det rent faktisk er mindre tilgang på kompetente saksbehandlere, intervjuere, og advokater osv. ved grensen enn i landet. Grenseprosedyrerne

⁴¹ Lauterpacht og Bethlehem, ”The scope and content of the principle of non-refoulement” (2001) par. 76.

⁴² Ackers s. 6

⁴³ Søkeren har rett til utsatt iverksettelse i først instans etter art. 7, informasjon om prosessen, rettigheter og plikter etter art. 10 (1)(a), oversetter etter art. 10 (1)(b), intervju med en kompetent person og intervju rapport etter art. 12-14, rådføre seg med advokat eller rådgiver etter art. 15 (1), og representant for enslige mindreårige asylsøkere etter art. 17 (1) med mindre et av unntakene i art. 17 (2) eller (3) gjelder. Det fremgår også av art. 21 at UNHCR skal ha tilgang til søkere i transittsoner. Søkeren har derimot ikke rett til å fremme en individuell søknad etter art. 6 (2), kontakt med UNHCR på grensen etter art. 10 (1)(c), vern mot varetekt etter art. 18 eller personvern etter art. 22. Søkerens advokat har heller ikke rett til innsyn i saksdokumentene etter art. 16.

kan også bidra til at søkere venter med å fremme søknad til man er inne i landet for å unngå grenseprosedurene, men i stedet havner hurtigprosedurene fordi man unnlot å søke så tidlig som mulig, jf. art. 23 (4)(i) og (l). Et annet problem er at grenseprosedurene åpner for varetekt inntil 4 uker uten rettslig kontroll og domstolsprøving. Dette skjer utelukkende fordi man søker om asyl og ville ellers ha vært i strid med art.18, som ikke gjelder ved grenseprosedurer. Det er heller ikke gjort unntak for barn, eldre eller syke og traumatiserte.

7.4 Hurtigprosedurer

Folkeretten er ikke til hinder for hurtigprosedurer så lenge saksbehandlingen er forsvarlig. Organiseringen av saksbehandlingen ligger innenfor statenes skjønnsmyndighet - eller "discretion of Member States" som det heter i fortalen par. 11.

Norge har ingen regler om hurtigprosedurer i sin lovgivning. Utlendingsdirektoratets innførte i januar 2004 en hurtigprosedure for søkere fra bestemte land på 48 arbeidstimer, normalt 4-5 dager. Prosedyren gjaldt ikke enslige, mindreårige asylsøkere. Lovutvalget vurderte å foreslå en bestemmelse om hurtigprosedurer for alle asylsaker, men har ikke inntatt en slik bestemmelse. Det ble bl.a. vist til at hurtigprosedurer ikke krever lovhjemmel, men beror på administrativ ordning, jf. NOU 2004:20 pkt. 6.11.11.2.

Etter art. 23 (3) og (4) kan statene innføre hurtigprosedurer i hele 17 tilfeller. Dette gjelder bl.a. når søkerens anførsler har liten eller ingen relevans i forhold til flyktningvurderingen, søkeren har et trygt hjemland eller tredjeland, søkeren har gitt usammenhengende, motstridene, usannsynlig eller utilstrekkelig informasjon som medfører at anførselene klart ikke er overbevisende, søkeren har gitt falsk informasjon eller falske dokumenter, søkeren har kommet ulovlig til landet eller forlenget oppholdet ulovlig og uten god grunn latt være å presentere seg for myndighetene og/eller søke så tidlig som mulig, eller søkeren utgjør en fare for rikets sikkerhet og offentlig orden.

Dette åpner i stor grad for hurtigprosedurer i motsetning til UNHCR Excom Conclusion Nr. 30 fra 1983 og Kommisjonens forslag som begrenset slike prosedurer til åpenbart grunnløse saker. Hurtigprosedurer er ikke i seg selv et problem så lenge saksbehandlingen er forsvarlig. Problemet er at statene ofte vil bruke unntaksbestemmelser for å få de raskeste løsningene. Dette vil redusere kvaliteten på saksbehandlingen og øke risikoen for uriktige avgjørelser. Videre fokuserer hurtigprosedurene utelukkende rett til flyktningstatus og ikke subsidiær beskyttelse, selv om direktivet gjelder for begge beskyttelsesformer. Dersom søkerens anførsler ikke gir rett til flyktningstatus, vil han havne i hurtigproseduren etter art. 24 (4)(a) og (b), selv om det skulle være grunnlag for vern etter EMK art. 3.

Siden det ikke er noen nedre tidsgrense for alminnelige prosedurer, og hurtigprosedurene må følge alminnelige saksbehandlingsregler, er det uklart hvordan hurtigprosedurene skiller seg fra vanlige prosedurer.

7.5. Trygge hjemland

Reglene om trygge hjemland er nyere enn reglene om trygge tredjeland. Sveits var det første landet som henviste til trygge hjemland i sin Asylum Procedure Law av 22. juni 1990 og ble raskt etterfulgt av andre europeiske land frem til midten av 1990-tallet. De aller fleste europeiske land har i dag inntatt regler om trygge hjemland i sin lovgivning eller

praksis.⁴⁴ Norge har ikke lovfestet slike regler, men Utlendingsdirektoratet innførte hurtigprosedyrer for søkere fra antatt trygge hjemland, først og fremst USA, Canada, Australia, EU og en rekke øst- og sentrale europeiske land. Søknader fra slike land betraktes normalt som åpenbart grunnløse. Dette innebærer ikke avvisning uten realitetsbehandling, men vil medføre en rask behandling av søknaden.

Etter Direktivet kan ikke statene avvise søkere fra trygge hjemland uten realitetsbehandling, slik som ved trygge tredjeland. Statene må vurdere om søkeren kvalifiseres som flyktning, jf. art. 28 (1). Denne vurderingen må tas av de alminnelige beslutningsmyndigheter og kan ikke delegeres til andre organ med lavere fagkompetanse. Statene kan imidlertid innføre hurtigprosedyre, jf. art. 23 (4)(c)(i), og utelate asylintervju, jf. art. 12 (2)(c).

I det opprinnelige utkastet fra Kommissjonen var det en valgfri liste med trygge hjemland. I oktober 2003 ble Rådet enig om at det skulle lages en forpliktende minimumsliste i Anneks II som statene var pålagt å følge. Hensikten med felleslisten er å sikre størst grad av likhet og harmonisering, jf. fortalet par. 18. Listen skulle vedtas samtidig med direktivet. Statene klarte imidlertid ikke å bli enige om hvilke land som skulle være på listen. Dette ble derfor utsatt til direktivet var vedtatt og det ikke lenger var krav om konsensus, men kvalifisert flertall. Etter at Direktivet ble vedtatt har det vært to mislykkede forsøk på å bli enige, sist i juni 2006.

Etter art. 29 skal Rådet vedta en minimumsliste med kvalifisert flertall etter forslag fra Kommissjonen og konsultasjoner med Parlamentet. Endringer i listen skal skje på samme måte. Fordi Parlamentet mangler medbestemmelsesrett gikk Parlamentet til sak mot Rådet ved European Court of Justice i mars 2006 (Sak C-133/06 Parliament v. Council). Det ble anført at Amsterdam-traktaten art. 67 (5) gir Parlamentet medbestemmelsesrett og ikke bare rett til konsultasjoner. Dom har ikke falt, men generaladvokaten har gitt Parlamentet medhold i sin innstilling til retten av 27. september 2007 og foreslått at beslutningsreglene kjennes ugyldig.⁴⁵

Kriteriene for trygge hjemland fremgår av Anneks II: Et hjemland anses som trygt når det på bakgrunn av den rettsstilstanden, anvendelsen av lovene og den generelle politiske situasjonen, kan legges til grunn at det er generelt og vedvarende ("generally and consistently") ingen forfølgelse i konvensjonens forstand, ingen tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, eller trusler på grunn av tilfeldig vold i en internasjonal eller intern væpnet konflikt. For å kunne foreta en slik vurdering, skal man ta hensyn til i hvilken grad beskyttelse er gitt mot forfølgelse og mishandling i landets lover og rettshåndhevelse, graden av rettigheter og friheter i EMK, SP, og/eller CAT, respekten for non-refoulement prinsippet i Geneve konvensjonen, regler om effektive rettsmidler mot brudd på disse rettighetene og frihetene. Myndighetene skal se hen til egen landinformasjon, samt informasjon fra andre medlemsstater og hvis nødvendig fra UNHCR, Europarådet, og andre sentrale internasjonale organisasjoner. Vurderingstemaet fokuserer på sivile og politiske rettigheter, men tar ikke høyde for at grove alvorlige brudd på sosiale og økonomiske rettigheter kan også utgjøre forfølgelse i konvensjonens forstand.

⁴⁴ ECRE research paper: "The Application of the Safe Country of Origin Concept in Europe" (Februar 2005)

⁴⁵ I tillegg til institusjonelle spørsmål, er det et spørsmål om Rådet har kompetanse til å lage forpliktende lister, som begrenser mulighetene for en mer sjenerøs standard, når Amsterdam traktaten gir rett til å vedtak "minimumsstandarder" og Direktivets art. 5 (jf. fortalet par. 7) gir rett til innføre høyere standarder. Dette var imidlertid ikke et tema i saken.

Under forhandlingene var det vanskelig å bli enig om en fellesliste med trygge hjemland. Det ble derfor vedtatt at statene kunne ha egne lister etter mindre strenge kriterier. Etter art. 30 kan statene utpeke andre trygge hjemland i nasjonal lovgivning enn de som fremgår av minimumslisten så lenge kravene i Anneks II er oppfylt. I tillegg kan statene beholde lovgivning som trådte i kraft før 1. desember 2005 som tillater angivelse av andre trygge hjemland enn de som fremgår på minimumslisten. I slike tilfeller er det tilstrekkelig at personer i dette landet generelt ikke utsatt for forfølgelse eller tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. For å vurdere dette trenger man bare se hen til rettstilstanden, rettsanvendelsen og de generelle politiske forholdene i hjemlandet. Det er tilstrekkelig å henvise til en trygg del av hjemlandet. Det kreves ikke at hele landet er trygt. Dette unntaket ble inntatt etter forslag fra Storbritannia, som argumenterte for at man kunne vise til trygge områder eller grupper i et land.⁴⁶

Etter art. 31 skal alle søknader fra trygge hjemland, enten de er på felleslisten eller på statenes egne lister, anses som ”grunnløse” med mindre søkeren kan påvise ”serious grounds for considering” at hjemlandet ikke er trygt, eller ”serious counter-indications” som det heter i fortalen par. 17. Dette er vesentlig skjerpet i forhold til Kommisjonens forslag om ”no grounds for considering”. Med trygt menes om søkeren har rett til flyktningstatus og ikke subsidiær beskyttelse.

Prinsipielt er det uheldig at risikokravet heves i forhold til flyktningkonvensjonen art. 1 A. Uttrykket ”sterke grunner til å anta” er langt strengere enn en ”velgrunnet frykt”. I tillegg legges hele bevisbyrden på søkeren, fordi det er en presumsjon om at hjemlandet er trygt. Det er ingen delt bevisbyrde/opplysningsplikt, som UNHCR Håndboken art. 196 gir uttrykk for. Videre er det fare for refolement når søkeren må påvise ”sterke grunner” i innenfor rammene av en hurtigprosedyre og uten rett til asylintervju. Det er også et problem at ”sterke grunner” gjelder spørsmålet om flyktningstatus og ikke subsidiær beskyttelse. Dette kan få den paradoksale konsekvens at søknaden blir avslått fordi søkeren har anført sterke grunner som relateres til subsidiær beskyttelse, f.eks. EMK art. 3 men ikke flyktningstatus.

8. Avslutning

Direktivet skiller seg vesentlig fra Kommisjonens utkast. En rekke rettssikkerhetsgarantier har forsvunnet og blitt erstattet av valgfrie bestemmelser og unntak fra minimumsstandardene.

- Direktivet gjelder ikke asylsøknader fra EU borgere.
- Søknader om asyl kan ikke bare avgjøres av ett organ. Vedtakskompetansen kan delegeres til organ med lavere fagkompetanse.
- Det stilles lavere krav til fagkompetanse i beslutningsorganet.
- Det kreves ikke at søkeren intervjues eller får informasjon på et språk han faktisk forstår.
- Det er en rekke unntak fra og begrensninger i retten til intervju og fri rettshjelp.
- Det er ikke krav om et kvinnelige tolker eller intervjuere eller detaljert intervjurapport.
- Det er innført grenseprosedyrene.
- Det er ikke gitt regler om utsatt iverksettelse med mindre søknaden er åpenbart grunnløs.
- Tanken om en to trinns behandling og klagedomstol i klageomgangen er borte.
- Adgangen til hurtigprosedyrer er vesentlig utvidet.
- Det er innført en forpliktende, og ikke valgfri, fellesliste med trygge hjemland.

⁴⁶ Council “Revision to the Note” (18. mars 2004) s. 49.

- Søkerens bevisbyrde ved trygge hjemland er skjerpet fra "no grounds" til "serious grounds for considering".
- Kommisjonens forslag om et forbud mot diskriminering i forhold til bestemmelsene i direktivet ble utelatt.

Forklaringen er trolig at statene hadde ulike prosedyrer, som var tilpasset nasjonale behov. De ville nødvendigvis bytte en effektiv nasjonal praksis mot vage idealer om en felles prosedyre. Enkelte stater ville ikke ville godta Direktivet om de ikke fikk videreføre sentrale deler av sin praksis. For å sikre at Direktivet ble vedtatt av et enstemmig Råd måtte man åpne for unntak.

Av den grunn var det neppe realistisk å forvente at statene ville bli enige om klare og presise retningslinjer og styrke det prosessuelle vernet. I den forbindelse kan det nevnes at heller ikke den nåværende utlendingsloven har klare og detaljerte regler for alle deler av prosessen.

På den annen side: Hvorfor skulle det være vanskeligere å bli enige om minstestandarder i Prosedyredirektivet enn i Statusdirektivet?

En forklaring er at Statusdirektivet omhandler kjente internasjonale standarder, som statene har forholdt seg til i lang tid. Asylprosedyrene har derimot ikke vært regulert av internasjonale konvensjoner, men i stor grad vært en del av statenes indre anliggender. Statusbedømmelsen har fulgt utviklingen i internasjonal flyktingrett, mens asylprosedyrene blitt utviklet i en nasjonal kontekst. En annen forklaring er at gjennomføringen av Prosedyredirektivet er mer synlig og kontrollerbar enn gjennomføringen av Statusdirektivet. Ved implementeringen av Statusdirektivet kan statene i større grad skjule seg bak tolkning og skjønn. Ved Prosedyredirektivet må statene innføre konkrete prosessuelle rettigheter, f.eks. gi rett til intervju, fri rettshjelp, utsatt iverksettelse osv.

Samlet sett er det et spørsmål om EU vil oppnå formålet om harmonisering av sin asylpraksis og på sikt en felles asylprosedyre. Det er vanskelig å se at dagens Direktiv vil bidra i særlig grad til en felles Europeisk asylpraksis, i eller utenfor EU. Direktivet synes å ha hatt liten betydning for utformingen av ny norsk utlendingslov.