

Notat

Januar 2021



Udlændinge- og
Integrationsministeriet

Juridisk analyse af mulighederne for overførsel af asylansøgere til asylsagsbehandling i et tredjeland inden for rammerne af international ret

Indledning

Som led i arbejdet med realiseringen af regeringens ambition om et retfærdigt og humant asylsystem er der foretaget en juridisk analyse af, hvorvidt det inden for rammerne af Danmarks internationale forpligtelser er muligt at flytte asylsagsbehandlingen og indkvarteringen af asylansøgere til et land uden for EU. Arbejdet har centreret sig omkring to modeller:

I *model 1* varetages asylsagsbehandlingen og indkvarteringen i modtagecentret af danske myndigheder i det pågældende tredjeland. Det sker i henhold til dansk lovgivning og Danmarks folkeretlige forpligtelser. Modellen forudsætter tilstedeværelse af danske myndighedspersoner, f.eks. til udførelse af asylsagsbehandlingen.

I *model 2* lægges der op til, at det aftales, at det er tredjelandets egne myndigheder, der varetager asylsagsbehandlingen efter overførslen til tredjelandet. Det sker i henhold til tredjelandets egen lovgivning og folkeretlige forpligtelser, men da Danmark er aftalepart, skal det i aftalen fastsættes, at tredjelandet skal respektere Danmarks folkeretlige forpligtelser.

Det forudsættes i begge modeller, at Danmark ikke yder beskyttelse i tilfælde af, at asylansøgeren får tildelt asyl. Beskyttelsen ydes derimod af det pågældende tredjeland. Meddeles ansøgeren afslag på asyl, er det efter både model 1 og model 2 det pågældende tredjeland, der drager omsorg for udsendelsen af den pågældende.

Hverken Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) eller EU-Domstolen har haft lejlighed til at forholde sig til de skitserede ordninger, og den juridiske vurdering er derfor forbundet med nogen usikkerhed. Med dette forbehold vurderes det sammenfattende, at Danmarks folkeretlige forpligtelser, navnlig FN's Flygtningekonvention og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), ikke er til hinder for, at Danmark indgår en aftale om overførsel af asylansøgere med henblik på indkvartering og behandling af asylansøgningerne i et eller flere tredjelande. Danmarks forpligtelser over for EU vurderes ligeledes ikke at være til hinder herfor.

Analysen har vist, at Danmark er underlagt en række forpligtelser, der skal iagttages i udmøntningen af en model.

Ordningerne, som forudsat i begge modeller, kræver lovhjælp i dansk ret.

Folkeretlige forpligtelser

Model 1

Den forventelige danske jurisdiktionsudøvelse efter model 1 indebærer forpligtelser for Danmark i forhold til indkvarteringen og asylansøgerne i modtagecentret.

I model 1 vil Danmark som følge af sin myndighedsudøvelse i modtagecentret i tredjelandet udøve jurisdiktion i forhold til bl.a. EMRK. Det betyder, at Danmark vil være ansvarlig for overholdelse af forpligtelserne efter EMRK, for så vidt angår asylansøgerne i det danske modtagecenter, herunder i forhold til retssikkerhedsgarantier, basale fornødenheder, medicinsk behandling, særlige beskyttelsesbehov, asylsagsbehandling, m.v.

På tilsvarende vis vil Danmarks øvrige folkeretlige forpligtelser, herunder navnlig i medfør af FN's Flygtningekonvention, FN's Børnekonvention, FN's Handicapkonvention og den Internationale Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder (ICCPR), efter omstændighederne, skulle iagttages i forbindelse med indkvarteringen og asylsagsbehandlingen.

Så vidt ses baserer ingen af de kendte modeller, herunder EU/Tyrkiet-, USA- eller Australien-aftalerne, sig på model 1. Det, som kendetegner de nævnte eksempler, er, at det er tredjelandets myndigheder, som forestår indkvartering af asylansøgere og foretager asylsagsbehandlingen.

Model 2

I model 2 lægges der op til, at det aftales, at det er tredjelandets egne myndigheder, der varetager asylsagsbehandlingen og indkvarteringen efter overførslen til tredjelandet i henhold til landets nationale lovgivning, men inden for Danmarks folkeretlige forpligtelser. Som følge af at det forventes, at Danmark i væsentlig grad vil finansiere og stå for den overordnede organisering af asylsagsbehandlingen i tredjelandet, kan det ikke udelukkes, at også denne model vil indebære, at Danmark bliver ansvarlig efter bl.a. EMRK i et eller andet omfang, for så vidt angår de handlinger, tredjelandet foretager i forbindelse med asylsagsbehandlingen og indkvarteringen.

For begge modeller

Det gør sig gældende for begge modeller, at danske repræsentanters kontrol og magtanvendelse ved en eventuel ledsaget tvangsmæssig overførsel til et tredjeland

efter omstændighederne i den konkrete sag kan medføre, at ansøgeren er under dansk jurisdiktion efter EMRK. Det betyder, at Danmark er bundet af bl.a. EMRK og kan ifalde ansvar ved eventuelle brud på konventionen. Overførslen kan efter de faktiske omstændigheder være i strid med EMRK artikel 3 om forbuddet mod tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling, såfremt der f.eks. anvendes unødvendig eller overdreven magtanvendelse.

Princippet om non-refoulement og begrænsninger i personkredsen, der kan overføres

Muligheden for at overføre asylansøgere til et tredjeland med henblik på asylsagsbehandling og indkvartering inden for rammerne af Danmarks folkeretlige forpligtelser forudsætter efter begge modeller, at overførslen i det enkelte tilfælde sker under overholdelse af princippet om non-refoulement, som bl.a. følger af FN's Flygtningekonvention og EMRK.

Det følger af princippet om non-refoulement i FN's Flygtningekonvention, at en flygtning ikke må udvises eller afvises til et område, hvor hans liv eller frihed vil være truet på grund af hans race, religion, nationalitet, hans tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller hans politiske anskuelser eller derfra udsendes til et land, hvor det er tilfældet.

Rækkevidden af princippet om non-refoulement er bredere i andre konventioner, herunder EMRK, end i FN's Flygtningekonvention. Det følger af EMD's praksis med hensyn til artikel 2 om ret til livet, at en asylansøger ikke må udsendes, hvis der foreligger vægtige grunde til at antage, at vedkommendes liv vil være i fare i modtagerlandet. Efter EMRK artikel 3 må ingen underkastes tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. Det følger af EMD's fortolkning af artiklen, at et medlemsland ikke må udsende en person, hvis der foreligger vægtige grunde til at antage, at der er en reel risiko for, at den pågældende vil blive udsat for en behandling, der er i strid med artikel 3.

Såfremt princippet om non-refoulement, herunder efter EMRK, ikke kan anses som opfyldt i det enkelte tilfælde, vil asylansøgeren hverken efter model 1 eller model 2 kunne overføres til asylsagsbehandling i tredjelandet.

Danmark vil endvidere efter artikel 8 i EMRK om ret til respekt for privatliv og familieliv kunne være forhindret i at overføre en asylansøger, der har en nærtstående familierelation i Danmark, f.eks. herboende ægtefælle eller børn. Ligesom det vil kunne være i strid med artikel 3 i EMRK at overføre visse meget alvorligt syge asylansøgere, som ikke vil kunne modtage livsnødvendig sundhedsbehandling i tredjelandet. Sådanne asylansøgninger skal i stedet behandles i Danmark, hvor indkvar-

tering ligeledes skal finde sted. Tildeles ansøgeren asyl i disse situationer, ydes beskyttelsen i Danmark, ligesom det vil være Danmark, der drager omsorg for udsendelsen af den pågældende ved afslag på asyl.

For særligt sårbare personer og personer med særlige behov, herunder børn og personer med funktionsnedsættelse, skal det ved beslutningen om overførsel sikres, at forholdene på indkvarteringsstedet er passende, og at Danmarks folkeretlige forpligtelser, herunder efter EMRK, FN's konvention om rettigheder for personer med handicap og FN's konvention om barnets rettigheder, vil blive overholdt. Det kan eventuelt ske ved en specifik garanti herfor.

Beslutning om overførsel fra Danmark til et tredjeland skal ske på baggrund af en vurdering af asylansøgerens individuelle omstændigheder, og asylansøgeren skal høres i forbindelse med vurderingen.

Beslutningen om overførsel skal kunne påklages, og klagen skal tillægges opsættende virkning, såfremt asylansøgeren gør gældende og kan fremlægge vægtige grunde til tro, at overførslen vil indebære, at vedkommende er i en reel risiko for at blive udsat for behandling i strid med EMRK artikel 3 om forbuddet mod tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller EMRK artikel 2 om retten til liv. I sager, hvor ansøger fremsætter en rimelig begrundet klage om, at en overførsel vil krænke artikel 8 om retten til privat- og familieliv, stilles der ikke krav om automatisk opsættende virkning af klagen, men klagen vil efter omstændighederne skulle tillægges opsættende virkning, hvis dette er nødvendigt for at sikre, at klagen udgør et effektivt retsmiddel.

Det skal endvidere sikres, at der ikke etableres en ordning, hvor forholdene for de asylansøgere, der indkvarteres i Danmark, og forholdene i tredjelandet vil udgøre ulovlig forskelsbehandling.

Aftalegrundlag

Begge modeller vil forudsætte indgåelse af en folkeretligt bindende aftale (traktat) mellem Danmark og tredjelandet med henblik på etablering af en ordning om overførsel af asylansøgere til tredjelands. Regeringen forhandler og indgår folkeretligt bindende aftaler. Folketingets samtykke er nødvendigt efter grundlovens § 19, stk. 1, hvis Folketingets medvirken til opfyldelse af traktatforpligtelsen er påkrævet, eller hvis traktatforpligtelsen i øvrigt er af større betydning.

Aftalegrundlaget mellem Danmark og tredjelandet om de overordnede rammer kan efter omstændighederne suppleres af specifikke garantier for enkeltpersoner, der har et særligt beskyttelsesbehov.

En fastlæggelse af de overordnede rammer i traktatform giver mulighed for en fasthed i fastlæggelsen af parternes pligter og rettigheder, der samtidig vil være reguleret af Traktatretskonventionen. Det vil sige, at der vil være en veletableret folkeretlig ramme for at håndtere og løse evt. problemer, der kan opstå med aftalen, f.eks. hvordan aftalen kan opsiges, hvordan den skal fortolkes og konsekvenser af brud på aftalen.

Kredsen af potentielle tredjelande, både efter model 1 og model 2, vil være begrænset til lande, med hvilke der kan indgås en aftale, der indeholder tilstrækkelige garantier med henblik på overholdelse af Danmarks folkeretlige forpligtelser, og som må forventes at blive efterlevet i praksis. Efter EMD's praksis vil der således være lande med en så ringe menneskeretssituation, at der – uanset indgåelsen af bindende garantier – ikke vil kunne overføres asylansøgere fra Danmark.

Forud for en fuld implementering af model 2 kan man forestille sig forsøgsordninger i en meget mindre skala, begrænset geografisk, tidsmæssigt og med få personer. Kravene til form og indhold af en aftale om en sådan ordning vil afhænge af de konkrete omstændigheder, herunder valg af tredjeland, hvor mange asylansøgere, der omfattes af en sådan forsøgsordning, m.v.

Danmarks forpligtelser over for EU

Det danske retsforbehold i protokol 22 til Lissabontraktaten om Danmarks stilling indebærer, at Danmark som udgangspunkt ikke deltager i tredje del, afsnit V, i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, hvorunder hører EU-samarbejdet om grænsekontrol, asyl og indvandring. Danmark har imidlertid på mellemstatsligt grundlag indgået en parallelaftale vedrørende Dublinforordningen og Eurodac-forordningen. Herudover deltager Danmark på mellemstatsligt grundlag i Schengen-samarbejdet i kraft af den såkaldte "Schengen-teknikalitet". Det følger heraf, at Danmark kan tilslutte sig alle retsakter, der udgør en videreudvikling af Schengen-reglerne. Udsendelsesdirektivet udgør en delvis videreudvikling af Schengen-reglerne. Danmark har tiltrådt udsendelsesdirektivet på mellemstatsligt grundlag.

EU-Domstolen har ikke forholdt sig til den foreslåede ordnings forenelighed med udsendelsesdirektivet. De EU-retsakter, som er omfattet af Danmarks parallelaftale, eller som udgør en videreudvikling af Schengen-reglerne, vurderes ikke at være til hinder for, at der kan etableres en ordning, hvor der sker overførsel til et tredjeland med henblik på indkvartering og asylsagsbehandling.

Det følger af EU-Domstolens dom af 17. marts 2016, C-695/15, at Dublinforordningen ikke indeholder regler, der er til hinder for, at en ansøger overføres til et sikkert

tredjeland efter asylproceduredirektivet, hverken før eller efter der er truffet afgørelse om, hvilket EU-medlemsland der er ansvarligt for asylsagsbehandlingen.

EU-Domstolen har med denne afgørelse ikke forholdt sig til en ordning som forudsat i model 1 og model 2. Det bemærkes i øvrigt, at de øvrige Dublinlande vil kunne have indvendinger mod, at Danmark overfører de tredjelandstatsborgere, der efter Dublinforordningen henvises af et Dublinland til Danmark, til asylsagsbehandling i et tredjeland i henhold til model 1 og model 2. Det kan i yderste konsekvens føre til, at de øvrige Dublinlande som følge heraf lægger til grund, at Danmark i realiteten har ophævet Dublinsamarbejdet, og at Danmark således ikke længere kan overføre asylansøgere efter Dublinreglerne.