

Flygtningenævnets status og retsanvendelse

Indlæg ved Flygtningenævnets jubilæumsarrangement den 24. oktober 2008

Jens Vedsted-Hansen

Professor, dr.jur.

Juridisk Institut, Aarhus Universitet

1. Allerførst vil jeg gerne takke for indbydelsen til at tale ved dette arrangement. Da jeg modtog den, blev jeg både glædeligt overrasket og lidt forundret. Det er vist ikke nogen hemmelighed, at jeg undertiden ytrer mig som kritisk iagttager af Flygtningenævnets virksomhed, og tendenser til lukkethed og afskærmning mod ekstern granskning og kontrol er netop ét af de punkter, jeg i den forbindelse har været optaget af. Derfor tillader jeg mig at gå ud fra, at indbydelsen skal ses som udslag af et ønske om at bringe nogle af disse mere kritiske synspunkter ind i den debat, som man lægger op til i anledning af jubilæet – eller i det mindste som en slags accept af risikoen for, at dette vil kunne ske.

Når jeg går ud fra, at der eksisterer sådanne forventninger, skal jeg naturligvis ikke fuldstændigt undlade at leve op til dem. Der er dog – udover almindelig høflig hensyntagen til jubilaren, som i dagens anledning ikke fortjener udelukkende énsidig kritik – grund til først at fremhæve, at Flygtningenævnet ved selve sin oprettelse og eksistens i væsentlig grad har bidraget til at øge retssikkerheden for de asylansøgere, der er så heldige at nå frem til Danmark og få realitetsbehandlet deres sag her. I sammenligning med retstilstanden forud for den 1. oktober 1983 var der tale om et vigtigt fremskridt i retssikkerhedsmæssig henseende – for slet ikke at tænke kontrafaktisk på, hvad der ville kunne være sket med en asylprocedure under direkte politisk kontrol gennem de senere års forandrede klima hvad angår robustheden i Danmarks forhold til internationale menneskeretlige forpligtelser.

Desuden vil jeg fremhæve, at de sager, som jeg undertiden kommenterer, givetvis ikke er repræsentative for Flygtningenævnets praksis. Det er typisk sager, der er gået skævt i forhold til ansøgernes håb og forventninger, som jeg får forelagt af advokater, journalister eller andre, ofte med det sigte at få gode råd om mulige retsmidler overfor disse afgørelser. Der er ingen tvivl

om, at nævnet løbende træffer mange afgørelser, som ud fra enhver juridisk betragtning er korrekte, afbalancerede og i overensstemmelse med de danske og internationale regler, der danner rammen om nævnets afgørelsesvirksomhed. Når dét er sagt, må det samtidig bemærkes at det ikke kun er sådanne enkeltstående tilfælde, der kan danne grundlag for kritisk refleksion over Flygtningenævnets retsanvendelse. Sådanne overvejelser tager undertiden udgangspunkt i nævnets egne redegørelser for sin praksis. Og selv enkeltstående afvigelser fra normen kan jo være et ganske alvorligt problem, når det i praksis er særdeles vanskeligt at få genoptaget og omgjort – endsige efterprøvet – nævnets afgørelser.

2. Flygtningenævnets status: sammensætning, organisatorisk placering, uafhængighed

Lad mig først gøre nogle bemærkninger om Flygtningenævnets status – spørgsmål herom har Stig Glent-Madsen allerede berørt, og fra en forhåndsdrøftelse med Karsten Hagel-Sørensen ved jeg, at han også vil komme ind på dette.

Sammensætningen af et administrativt klageorgan som Flygtningenævnet kan der siges meget om. Det sagte er ikke nødvendigvis solidt funderet i juridiske normer, og det er da også i høj grad en politisk diskussion. Som eksempel på at det ikke altid falder heldigt ud, når denne diskussion ikklædes juridiske gevandter, vil jeg nævne lovforslaget fra 2002 (L 152/2001-02, 2. samling), hvor man begrundede afskaffelsen af Dansk Flygtningehjælps udpegningsadgang med nogle habilitetsargumenter, som næppe var baseret på en korrekt virkelighedsbeskrivelse og i hvert fald ikke var udtryk for nogen dækkende vurdering af de habilitetsspørgsmål, som nævnets sammensætning kunne give anledning til. Omtalen af Udenrigsministeriets rolle i Flygtningenævnets sagsbehandling var ikke helt så juridisk præget, men dog også udslag af en mindre balanceret vurdering, som vel også primært havde til formål at sikre den formelle balance efter ophøret af Dansk Flygtningehjælps medvirken. Et andet eksempel er den kritik af nævnets sammensætning, som Europarådets Menneskerettighedskommissær senere fremførte i 2004, og som efter min opfattelse ikke var den juridisk mest velfunderede del af hans rapport om Danmark.

Reaktionen på denne kritik førte lidt paradoksalt til skærpelse af et mere centralt problem i sammensætningen, nemlig Integrationsministeriets medvirken i Flygtningenævnet. Selve ministeriets repræsentation i et sådant klageorgan var og er der efter min opfattelse intet

besynderligt ved, men den formelle afstivning af Flygtningenævnets uafhængighed, som på baggrund af Europaråds-kommissærens kritik blev gennemført ved lovændringen i 2005, forøgede i relativ forstand Integrationsministeriets personelle indflydelse på nævnets medlemskreds. Mens den lovfæstede ret til genbeskikkelse næppe har nogen reel betydning for Flygtningenævnets formandskab, indebar denne ændring at Advokatrådet ikke længere har mulighed for med mellemrum at udskifte de advokater, man derfra har udpeget til Flygtningenævnet. Samtidig forholder det sig også efter lovændringen således, at Integrationsministeriet løbende kan kontrollere sin repræsentation i kraft af den tjenstlige forflyttelsesadgang. Ganske vist har også de ministerieudpegede medlemmer ifølge udlændingelovens § 53, stk. 4 ret til genbeskikkelse, men denne ret forudsætter at medlemmet fremdeles opfylder beskikkelsesbetingelserne, og dét er i realiteten undergivet ministeriel beslutningsret. Disse nævnsmedlemmers personelle uafhængighed kan altså principielt hævdes at være nok så beskeden, og man kan for så vidt sige at Advokatrådet som ikke-statslig organisation har måttet betale prisen for den noget kosmetiske ændring af Flygtningenævnets status.

De foretagne ændringer af reglerne om Flygtningenævnets sammensætning kan – i sammenhæng med spørgsmålet om ekstern kontrol, som jeg vender tilbage til om lidt – give anledning til den overvejelse, om nævnet efterhånden rettelig bør anses for en domstol. Dette er ikke den officielle opfattelse, og det må da også bemærkes, at hævde af en sådan formel status ville føre til nye problemer dels angående de processuelle garantier i nævnets sagsbehandling, dels med hensyn til nævnets forfatningsmæssige stilling. Lidt polemisk kan man vel hævde, at Flygtningenævnet nu gradvist har opnået den ganske attraktive situation, at man har fordelene ved at være domstolslignende uden at have de retlige forpligtelser og være undergivet de judicielle rammer, der følger med at have formel karakter af domstolsorgan.

Et andet væsentligt forhold udgøres af Flygtningenævnets organisatoriske placering. I og for sig virker det meget naturligt, at Integrationsministeriet ifølge udlændingelovens § 53, stk. 11 stiller sekretariatsbistand til rådighed for nævnet. I praksis kan man imidlertid ikke se bort fra, at dette indebærer en – i hvert fald potentiel – mulighed for indflydelse på nævnets virksomhed, idet nævnssekretariatet organisatorisk udgør en enhed i ministeriets departement. Der er her tale om komplekse og uigennemsigtige mekanismer, som dog må antages at have fået større praktisk

betydning gennem de seneste 10-15 år, fordi relativt flere beslutninger træffes af formandskabet med formel eller uformel delegation til sekretariatet.

Når jeg nu igen taler om ansatte i Integrationsministeriet, er det overordentlig vigtigt for mig at understrege, at der ikke heri ligger den mindste beklikkelse af deres personlige eller faglige integritet. Jeg kender ganske mange af disse ansatte fra deres studietid eller fra kollegiale samarbejdsrelationer, og på den baggrund finder jeg det højst upassende, når medier og politikere undertiden nærmest gør medarbejderne personligt ansvarlige for den samlede udlændingelovgivning og dens virkninger. Det er altså udelukkende de strukturelle afhængigheds- og påvirkningsrelationer, jeg her taler om – helt på linie med den måde, hvorpå man efter juridisk tradition bør anskue sådanne spørgsmål.

Det kan ses som et særligt udslag af sekretariatsproblematikken, at den løbende inddragelse af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og andre internationale organer i nævnspraksis sker på grundlag af notater og databaser, der udarbejdes i fællesskab mellem Flygtningenævnet og Udlændingetjeneste, vistnok med sidstnævnte som hovedaktør. Dette kan forekomme vældig praktisk og ressourcebesparende, men ikke mindst på baggrund af de problemer, der har været med hensyn til at sikre opdatering af dette materiale, er der måske anledning til mere principielt at stille spørgsmålstejn ved det hensigtsmæssige i en sådan ordning. Til sammenligning kan man jo spørge, om Højesteret ville basere sine afgørelser på Rigsadvokatens oplysninger om, hvad der måtte være af aktuel praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

3. Ekstern kontrol

Der er siden 1997 sket en markant beskæring af muligheden for kontrol af Flygtningenævnets virksomhed. Det er en længere historie, som vi givetvis kommer tilbage til, og jeg vil nøjes med kort at pege på to ting i den forbindelse. For det første er det min opfattelse, at det ikke er sundt for et retsområde at få lov at udfolde sig som et lukket eller selv-refererende system, hvor der – samtidig med potentielt væsentlige politiske påvirkningsfaktorer – er stærkt begrænset eller ikke-eksisterende juridisk kontrol. Nu kan man naturligvis hævde, at Flygtningenævnet som klageorgan netop selv udøver en sådan kontrol med førstinstansen i asylsager, men nævnets sagsområde, sammensætning og organisatoriske placering er formodentlig medvirkende til, at

der i praksis forekommer visse afskærmningstendenser for nævnet selv. Det kan derfor være værd at minde om, hvad Lars Nordskov Nielsen for snart 25 år siden betegnede som 'forvaltningsretlig sektorisme' i et retsområde, der som datidens socialret måske kunne siges at være i 'juridisk fridressur' (Nordisk Administrativt Tidsskrift 1984, s. 118 og s. 123) – en betragtningsmåde, som Jørgen Nørgaard interessant nok senere delvist har fremført for skatterettens vedkommende (Juristen 2001, s. 68).

For det andet må man hæfte sig ved den nidkærhed, hvormed Flygtningenævnet har vogtet over sin ukontrollerbarhed i kraft af endelighedsbestemmelsen i udlændingelovens § 56, stk. 8. De argumenter, man har anvendt for at få afvist sager fra domstolene, har jeg tidligere betegnet som kreative, og det står jeg gerne ved. Idet jeg er klar over, at Kammeradvokaten for sin del ikke anser dette for at være problematisk, vil jeg pege på, at nævnet som forvaltningsorgan måske undertiden burde overveje, om der ikke består mere snævre grænser for de anbringender, man sender sin advokat i retten med. De prøvelsessager, som er egnet til at illustrere min pointe, har typisk drejet sig om sondringen mellem bevisvurdering og eventuel skønsudøvelse på den ene side og retsspørgsmål, herunder abstrakt fortolkning, på den anden side. Som et nok så underholdende eksempel på selvmodsigelsens kunst kan nævnes, at Flygtningenævnet for nogle år siden med tvivlsom føje påberåbte sig udlændingelovens § 40, stk. 1 som en fravigelse af officialmaksimen (UfR 2002.406 H), mens nævnet for nylig i en sag angående et omtvistet advokatsalær – i og for sig langt mere korrekt, og da også med held – har henvist til, at nævnet selv ifølge lovens § 54 er forpligtet til at drage omsorg for sagsoplysningen (UfR 2008.1431 H).

4. Retsanvendelse

Det afgørende succeskriterium for et klageorgan må være holdbarheden af dets retsanvendelse, dvs. den retligt definerede ramme for konkret bevisvurdering og subsumtion og de hertil knyttede procesgarantier. Her vil jeg gentage, hvad jeg tidligere har sagt om de mange korrekte afgørelser, som træffes af Flygtningenævnet. Samtidig vil jeg dog tillade mig at sige, at der synes at være visse grænser for korrektheden, og – hvad der på en måde er værre – at når den grænse er overskredet, er det ofte vanskeligt at komme tilbage på den rigtige side. Ikke alene er ekstern kontrol af nævnets afgørelser som nævnt i praksis nærmest udelukket, det er undertiden også meget vanskeligt at få nævnet til selv at rette op på tilsyneladende alvorlige fejltagelser.

Et af de mere udtalte eksempler har at gøre med fænomenet 'individualisering', og dét kommer normalt på spidsen i tilfælde med større grupper af asylansøgere med samme eller lignende baggrund, ikke mindst hvis denne har karakter af væbnet konflikt. Sådanne sager gav også tidligere anledning til politisk kontrovers, og lovændringen i 2002 har formodentlig bevirket en yderligere restriktiv asylpraksis med hensyn til ansøgninger af den art. Der var med indførelsen af beskyttelsesstatus givetvis tilsigtet en stramning i forhold til tidligere praksis vedrørende de facto-flygtninge, men under den udtrykkelige forudsætning, at den ændrede bestemmelse i udlændingelovens § 7, stk. 2 skulle administreres under hensyntagen til praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Selvom strammingsgraden fremstod noget ubestemt i lovmotiverne (L 152/2001-02, 2. samling) er der næppe tvivl om, at denne intention er slået ganske virksomt igennem i de senere års asylpraksis. Om kriterierne for beskyttelsesstatus efter lovændringen har Flygtningenævnet udtalt, at der skal foreligge 'konkrete og individuelle forhold' der sandsynliggør, at ansøgeren ved tilbagevenden til sit hjemland vil blive udsat for en reel risiko for dødsstraf eller for at blive underkastet tortur eller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf. Dette kunne antyde, at der i højere grad end tidligere stilles krav om individualiseret risiko, og en sådan tendens kan da også spores i begrundelserne i konkrete afgørelser, hvor Flygtningenævnet har stadfæstet afslag på beskyttelsesstatus. Disse afgørelser kan efterlade indtryk af, at man i praksis har lagt hovedvægten på den mest restriktive del af lovmotiverne med hensyn til vurderingen af ofre for væbnet konflikt – hvilket samtidig kan give anledning til at rejse det spørgsmål, om nævnspraksis overholder lovmotivernes forudsætning om konventionsmæssig retsanvendelse.

Det er ikke mindst i sådanne tilfælde, at det kan blive afgørende, om nævnet opdaterer sig selv og de mødende advokater med aktuel praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Der er forekommet tilfælde gennem det seneste par år, hvor denne opdatering vist ikke kan siges at have fungeret ideelt. I hvert fald har det udefra kunnet virke, som om Flygtningenævnet ikke altid har taget højde for markante domme fra Menneskerettighedsdomstolen, og i en nylig sag om udsendelse af tamilske asylansøgere synes manglende iagttagelse heraf at have været forbundet med tilsidesættelse af ret elementære regler i dansk forvaltningsret.

Lad mig afslutningsvist betone, at der også på kontroversielle sagsområder er blevet truffet afgørelser af Flygtningenævnet, som aftvinger respekt. Eksempler, der umiddelbart dukker op, er sagerne fra 2005 om inddragelse af opholdstilladelsen for afghanske flygtninge, hvor nævnet fortjenstfuldt insisterede på sammenhængen mellem udlændingelovens § 19 og flygtningekonventionens artikel 1 C (5). I fortsættelse af mine kritiske betragtninger om vurderingen af asylansøgere fra væbnet konflikt bør det endvidere siges, at Flygtningenævnet i løbet af 2008 har truffet en række afgørelser vedrørende irakiske asylansøgere, der synes båret af en anderledes bred – og utvivlsomt korrekt – fortolkning af flygtningekonventionen end hvad der tidligere ofte er set. Og senest kan nævnes Flygtningenævnets nylige afgørelse vedrørende udsendelse af en fra medierne kendt tunesisk statsborger, en afgørelse som måske ikke har været helt let at træffe, men som må siges at være udtryk for en nok så realistisk vurdering af, hvad Danmarks internationale forpligtelser tilsiger.