

Djøf og Forsetes konference: Retsstaten under pres, 6. december 2021

## Afsnit I: Domstolenes uafhængighed

### Retsstaten under pres. I et europæisk perspektiv

Immigranter, udlændinge og flygtninge - et prisme for generelle europæiske problemer

*Professor Thomas Gammeltoft – Hansen, Juridisk fakultet, Københavns Universitet*

(00.36.15 – 00.46.15)

Selvom regulering af immigranter, udlændinge og flygtninge i sagens natur kun udgør et fragment i forhold til dagens emne, så håber jeg, at det kan fungere som et slags prisme til at belyse nogle mere generelle europæiske problemstillinger og trække tråde til de efterfølgende indlæg.

#### 1. Fordeling af immigranter, udlændinge og flygtninge

At spørgsmål om immigranter, udlændinge og flygtninge rejser principielle diskussioner om retssikkerhed og retsstat, er på ingen måde noget nyt fænomen. Det er et område, der igennem årtier har skabt meget skarpe politiske brudflader nationalt, igennem relationen mellem lande og mellem dem og den overstatslige institution EU og EMD, men det er også et område, der har gennemgået en markant retspolitisk udvikling. Det blev for alvor tydeligt i 2015, hvor vi så en markant stigning i antallet af flygtninge, som fik en række lande til at gennemføre f.eks. national grænsekontrol og en lang række tiltag med det formål, at begrænse adgangen til og rettigheder for asylansøgere og flygtninge, og det gjaldt også i flere af de lande som f.eks. Sverige, der tidligere har forsøgt at trække EU's fælles udlændinge regler i en mere liberal retning i form af en politisk reorganisering på flere niveauer.

Og her seks år senere er det samtidig tydeligt, at det som startede som en europæisk flygtningekrise, i dag først og fremmest må betragtes som en EU- og retspolitisk krise.

Selvom asyltallene i de seneste 5 år er faldet nogenlunde lige så brat, som de steg i 2015, er der ikke meget, der tyder på, at tilliden til det europæiske samarbejde er blevet genoprettet. Den nationale grænsekontrol er blevet opretholdt og enkelte steder udvidet og er dermed mange steder gledet over i de nuværende og velbegrundede grænselukninger – Corona epidemien. Samtidig har gentagne forsøg på at reformere EU's fælles regler slået fejl. På trods af at der sådan set har været bred enighed om behovet for at ændre det nuværende og stærkt diskuteret europæiske asylsystem - det såkaldte Dublinsystem. Man må konstatere, at resultatet af systemet har medført en udtalt enegang blandt EU-landene, der i flere tilfælde synes aktivt at kunne konkurrere om at stramme deres nationale regler mest muligt i håbet om, at flere asylansøgere- også afviste – vælger at tage mod andre lande.

Vi har i de senere år set tilsvarende markante stigninger om overgreb på immigranter og flygtninge langs Europas ydre grænser. Det handler bl.a. om brug af fysisk vold, langvarig frihedsberøvelse og rutinemæssige såkaldte push-backs, hvor man forsøger at skubbe personer tilbage over grænsen. Det er tydeligt, at dette er et område, der er underlagt geopolitiske spændinger, hvor manglende samarbejde yderligere presser immigranternes retsstilling. Det gælder ikke mindst, som vi ser det lige nu på grænsen til Hviderusland, hvor flygtninge og immigranter fysisk presses op imod grænsen i et forsøg på at lægge pres på EU. Ligesom vi tidligere har set det i forhold til både Tyrkiet og Libyen.

### Uenighed mellem EU-landene

Jeg mener, at en væsentlig årsag til de fejlslagne reformforsøg for EU's fælles regler er en mere bagvedliggende og principiel uenighed om, på hvilket niveau retssikkerhed og regulering af udlændingeområdet sker bedst.

EU's hidtidige asylpolitik har bygget på ideen om en gradvis harmonisering og klar overstatslig kompetence som en nødvendig forudsætning for Dublinsystemet og mere generelt den frie bevægelighed. I de seneste år er denne logik blevet udfordret, dels blandt flere østeuropæiske lande, der peger på, at de aldrig er blevet taget med på råd, da grundridset for disse regler blev tegnet, og som ved flere lejligheder aktivt har udfordret EU's kompetence til f.eks. at vedtage regler om omfordeling af asylansøgere medlemslandene imellem. Og dels fra lande, der også omfatter Østrig og Danmark, der har givet udtryk for, at EU snarere bør spille en mere operationel rolle, der aktivt støtter op omkring den nationale grænsekontrol frem for at fungere som vagthund i forhold til håndtering af immigranter og flygtninge i de enkelte medlemslande.

Der vil omvendt også være nogle, der formentlig vil argumentere for, at EU-systemet faktisk allerede er gået ret langt i den retning. Politisk har både kommissionen og rådet i hvert fald i de senere år stået fast og last og brask med sine medlemslande som Grækenland og Italien uanset, at disse er blevet anklaget for, at deres systemer ikke lever op til de grundlæggende EU-eller menneskeretlige regler. Operationelt er det tilsvarende tydeligt, at EU er kommet til at spille en mere aktiv rolle i forhold til den ydre grænsekontrol. Grænseagenturet, Frontex, er de seneste år blevet beskyldt for både at dække over rettighedsindskrænkelse begået af medlemslandenes myndigheder og aktivt selv at være involveret i såkaldte push-back samt har flere verserende søgsmål herunder ét under EU-domstolen.

### 2. EMD's rolle på udlændingeområdet

Det bringer mig videre til min anden pointe i dag. Nemlig at en tilsvarende debat også har været rejst i forbindelse med kompetencefordelingen i forhold til den EMD - herunder netop i forhold til domstolens rolle på udlændingeområdet - som er noget, der har skabt politisk modstand i flere europæiske medlemslande. Det er også en del af begrundelsen, da den danske regering i 2017 som formand for Europarådet tog initiativ til den såkaldte Københavnererklæring.

Det første danske udkast indeholdt en passus om, at domstolen i forhold til asyl og udlændingesager generelt skulle undlade at intervenere, så længe de nationale retsinstanser effektivt fungerer i overensstemmelse til menneskerettighedserklæringen. Det danske udkast blev afvist i sin oprindelige form, og den endelige erklæring indeholder ikke noget om asyl- og integrationsområdet. Til trods herfor er der måske alligevel grund til at overveje, hvorvidt et signal er både sendt til og hørt af domstolen. Flere af mine kolleger peger således på, at domstolen ser ud til at anlægge en alt andet lige mere forsigtig linje i udlændingesager i de seneste år. Det gælder bl.a. i sager vedr. frihedsberøvelse af udlændinge, humanitære visumansøgninger og grænsesituationer, hvor domstolen i alle tilfælde synes at gøre op med og i al fald nuancere sin tidligere praksis.

I februar sidste år afviste Storkammeret således, at Spaniens kollektive udvisning af migranter, der var trængt ind over hegnet til de spanske enklaver i Marokko, udgjorde en krænkelse af retten til sammenkomster (4. protokol). Afvisningen skete med henvisning til, at immigranterne bevidst havde benyttet sig af det store antal til at skabe en ukontrolleret situation med fare for den offentlige sikkerhed. En dom, der i disse måneder nøje studeres af flere EU-lande i forhold til situationen på den Hviderussiske grænse. Dermed er ikke sagt, at domstolens rolle hermed er fuldstændig udspillet. Det har vi set eksempler på i det sidste halve år i Danmark. Men jeg tror, at mange vil nikke genkendende til, at domstolen lægger en mere forsigtig linje i forhold til at prøve at efterlade en hvis skønsmargen i forhold til de enkelte medlemslandes implementering af udlændingereglerne. Samt i vidt omfang at prøve at anerkende de politiske hensyn der ligger bag de forskellige udlændingestrømninger.

### 3. Perspektiver på immigranter og flygtninges grundlæggende rettigheder i nationalt og internationalt perspektiv.

Skal man set fra mit begrænsede perspektiv - altså afslutningsvis tale om retsstaten under pres - er det særligt i forhold til to bestemte dimensioner:

For det første: Retsstaten og grundlæggende rettigheders udstrækning, når det kommer til behandling af immigranter og flygtninge.

Det skisma har længe eksisteret på det nationale plan. Det nye, hvis man skal tale om noget sådant, er, at vi måske også ser denne problemstilling langt mere optrukket både på det internationale - og i denne sammenhæng europæiske niveau. Det gælder først og fremmest i forhold til EU-systemet, hvor presset på medlemslandene har skabt grobund for lovgivningsmæssige og praktiske tiltag, der helt oplagt kan udfordres både i forhold til EU og i forhold til menneskeretten.

For det andet er der kommet en tilsvarende diskussion om de overstatslige retsinstansers rolle på politisk sensitive områder så som udlændinge og immigration.

Det skal ses i lyset af at både EMD og EU-domstolen i en bredere forstand, og at FN komiteernes forskellige klagemekanismer er kommet til at spille en meget mere markant rolle i forhold til

udlændingesager. Dette har skabt en mulighed for overstatslig prøvelse på et område, hvor der i hvert fald tidligere ikke folkeretligt har været en mulighed for den slags.

Det kan på den ene side ses som en naturlig udvikling, at menneskerettighedsinstitutionerne træder til som en direkte konsekvens af den øgede politisering og mere restriktive politik på dette område. Men som debatten både ude i Europa og også herhjemme viser, er der også fagpersoner, der mener, at denne udvikling er gået for langt og at en rejustering af en fuldstændig frontafkortning i forhold til menneskerettighedsinstitutionernes rolle på dette område er nødvendig, hvis de ikke skal risikere at miste deres politiske opbakning.

Selv hører jeg ikke til dem, der tror, at man kan spole tiden tilbage. Men ser vi på udviklingen i de sidste 5 år, er der noget, der tyder på, at der nok er en del – nok i mindre grad komiteerne - der har anlagt en mere forsigtig linje. Og uanset hvad man rent retspolitisk mener om den udvikling, er der nok ingen tvivl om, at det kommer til at spille den retspolitiske bold mere tilbage til de nationale domstole.