



Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post: postmottak@jd.dep.no

Deres ref.: 15/8555
Vår ref.: 215169

Dato: 12. februar 2016

Høring - Endringer i utlendingslovgivningen (innstramninger II)

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 29.12.2015 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

Saken er forelagt lovutvalget for asyl- og utlendingsrett og forsvarergruppens høringsutvalg. Lovutvalget for asyl- og utlendingsrett består av Bente Mostad Tjugum (leder), Jan M. Birkeland, Sigrid Broch, Per-Erik Gåskjenn, Christel Reksten og Brynjulf Risnes. Forsvarergruppens høringsutvalg består av Arild C. Dyngeland (leder), John Christian Elden, René Ibsen, Knut Rognlien, Frode Sulland, Mette-Julie Sundby og Inger Marie Sunde.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

2. Advokatforeningens bemerkninger

2.1 Generelt

Regjeringen har i den senere tid fremmet en rekke forslag til endringer i regelverket for behandling av asyl- og flyktningsaker. Advokatforeningen vil understreke at foreningens anliggende er rettssikkerheten for personer som omfattes av regelverket på asyl- og flyktningeområdet. I den forbindelse er det særlig to forhold som Advokatforeningen er opptatt av. For det første vil Advokatforeningen vurdere om de foreslåtte regelendringer og tiltak er innenfor rammen av det som følger av Grunnloven og våre

internasjonale forpliktelser. For det andre vil Advokatforeningen på grunnlag av den erfaring og praksis som en rekke av foreningens medlemmer har på dette området, vurdere og uttale seg om de konsekvenser som regelendringene vil kunne få for dem som vil bli berørt og om gjennomførbarheten av de foreslåtte regelendringer og tiltak.

2.2 Bemerkninger til de enkelte kapitlene i høringsnotatet

Ad kap. 4: Endring av utlendingsloven § 9 om visumfrihet for asylsøkere mv.

Kapittel 4 i høringsnotatet inneholder et forslag om å gjøre selve grensepasseringen ulovlig for personer som reiser inn og søker asyl på norsk grense. I notatet forutsettes at dette skal gjelde for søknader som kan avvises uten realitetsbehandling fordi søkeren kan henvises til å søke asyl i et annet land. Hensikten med lovendringen er at denne kategorien søkere skal kunne bortvises på grensen.

Det er innledningsvis grunn til å bemerke at det faktisk at man gjør det å søke asyl i Norge ved norsk grense formelt ulovlig samsvarer dårlig med hensikten og formålet bak flyktningkonvensjonen. Videre gir det liten mening fra et lovgiversynspunkt å knytte omfattende positive rettigheter til en handling som samtidig defineres som ulovlig. Dette er en lovgivningsteknikk som framstår som uheldig.

Etter Advokatforeningens syn er dette videre en uheldig lovregel av minst to ytterligere grunner.

For det første vil vurderingen av hvorvidt Norge er forpliktet til å ta en asylsøknad til realitetsbehandling eller om søknaden kan avslås uten realitetsbehandling måtte tas av utlendingsforvaltningen etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Ikke minst gjelder det søknader som framsettes ved innreise til Norge direkte fra Russland. Det skal i disse sakene vurderes individuelt om det kan være risiko for at søkeren, i Russland eller i et område han kan bli sendt videre til, kan bli utsatt for behandling som strider mot våre konvensjonsforpliktelser. Det er derfor ikke mulig å vurdere direkte på grensen hvorvidt det er grunnlag for å avvise realitetsbehandling, fordi man mener søkeren kan søke beskyttelse i Russland.

I forhold til situasjonen ved grensestasjonen på Storskog gir derfor denne regelen liten mening og vil kunne gi opphav til en rekke uheldige misforståelser. Det er avgjørende at tjenestemenn som arbeider ved grensestasjonen på Storskog forstår at de ikke kan avvise asylsøkere på grensen og at avgjørelsen av om en søknad skal tas til realitetsbehandling, avgjøres av UDI. Den foreslåtte lovendringen vil lett bidra til tvil på dette punktet og vil da kunne medføre at våre konvensjonsforpliktelser brytes ved at asylsøkere urettmessig bortvises på grensen.

For det andre kan det ikke uten videre antas at den foreslåtte regelen vil ha noen betydning for muligheten til retur til Russland av asylsøkere som får avslag uten realitetsbehandling. For Russland har det neppe betydning for tilbaketakelsesvurderingen om en asylsøker har fått avslag med eller uten realitetsbehandling. Videre er det tvilsomt om innføring av norsk visumplikt for asylsøkere vil ha noen betydning for Russlands forståelse av returretten etter tilbaketakelsesavtalen. Det er grunn til å tro at man her ikke vil anerkjenne at den ene staten i henhold til avtalen kan endre omfanget av den annen stats plikt til tilbaketaking gjennom interne lovendringer. En slik endring måtte i så fall komme i stand gjennom forhandlinger med Russland. De erfaringer en har med tilbaketakelse av asylsøkere etter tilbaketakelsesavtalen bekrefter også klart at ensidige norske regelendringer eller tolkninger ikke har betydning for den reelle muligheten til tilbaketakelse etter tilbaketakelsesavtalen med Russland.

Advokatforeningen kan på denne bakgrunn ikke se at denne lovregelen kan få de ønskede effekter som er beskrevet i proposisjonen. Som nevnt ovenfor, er det derimot et potensiale for negative virkninger av den foreslåtte regelendringen. Advokatforeningen vil derfor fraråde den foreslåtte endringen av utlendingsloven § 9 første ledd annet punktum.

Ad kap. 5: Mulighet for bortvisning på grense mot nordisk naboland

Departementet foreslår regler om utvidet adgang til bortvisning av asylsøkere på grense mot våre nordiske naboland.

Advokatforeningen vil fraråde de foreslåtte ekstraordinære tiltak på grensen mot våre nordiske naboland. Forslaget framstår som en beredskapsregel for et krisetilfelle hvor det skulle komme en ekstraordinær flyktningsstrøm over grensen fra et nordisk naboland. Etter Advokatforeningens syn vil et slik tiltak, slik det her er utformet, kom i strid med det europeiske rammeverket som regulerer ansvaret for å behandle asylsøknader. Det faktum at en rekke land i Europa beviselig bryter reglene så vel i Schengen- som i Dublinsamarbeidet, delvis i stor skala, betyr ikke, slik departementet synes å mene, at hele eller deler av dette regelverket «er satt ut av kraft», jf notatet s 26. Det ligger ikke til vår tradisjon, og er åpenbart ikke i vår interesse, bevisst å bryte våre internasjonale forpliktelser slik den foreslåtte regelen på dette punktet impliserer.

Advokatforeningen vil på denne bakgrunn tilrå at eventuelle ekstraordinære tiltak som en mener er nødvendig ved interne nordiske grenser foretas innenfor rammen av de beredskapsregler en har i forbindelse med ekstraordinære situasjoner. Det vises blant annet til den ekstraordinære grensekontrollen som nå er innført av flere nordiske land. Videre bør regler av den type som her foreslås, forhandles fram og bygge på det eksisterende nordiske regelsamarbeidet.

Advokatforeningen er også skeptisk til at man legger til grunn at forvaltningsvedtak av denne typen systematisk skal kunne treffes av polititjenestemenn og ikke kunne påklages. En kan ikke se at det er påvist et behov for å fravike grunnfestede rettssikkerhetsgarantier i forhold hvordan så vidt inngripende forvaltningsvedtak skal behandles.

Ad kap. 6: Endringer i reglene om beskyttelse

Ad 6.1.3.3 Krav til bevis for faktum

Departementet foreslår et noe strengere krav til bevis for faktum enn i dag. Departementet mener dette er en harmonisering med gjeldende folkerettslige regler.

Advokatforeningen er ikke enig i dette.

Departementets forslag er at asylsøkerens forklaring om identitet og omstendigheter for øvrig må være sannsynlig (dvs like sannsynlig som ikke sannsynlig).

Kravet i dag er at søkerens forklaring må være «noenlunde sannsynlig», jf Rt 2011 s 1481. Høyesterett uttalte følgende om beviskrav for vurdering av asylsøkerens forklaring i avsnittene 45 og 46:

“(45)

Ved vurderingen av om det foreligger en reell fare for forfølgelse, skal asylforklaringen legges

til grunn så langt den fremstår som noenlunde sannsynlig, og søkeren selv har medvirket til å opplyse saken så langt det er rimelig og mulig. Asylsøkerens generelle troverdighet er et relevant moment som skal tas i betraktning. Det kreves ikke sannsynlighetsovervekt for at forklaringen er riktig. I den forbindelse må konsekvensene av en eventuell uriktig avgjørelse i asylsøkerens disfavør vurderes. Jo alvorligere konsekvensene fortøner seg, jo mindre skal det til for å gi vedkommende beskyttelse.

(46)

Konkret utleder jeg av dette at eventuelle selvmotsigelser, uklarheter og utelatelser i forklaringen, som ikke kan begrunnes på tilfredsstillende måte, kan få betydning for bevisvurderingen. Forklaringer som gradvis tilpasses, eller suppleres av nye forhold som tidligere ikke har vært nevnt, vil lett bidra til å svekke den generelle troverdigheten. Dette vil særlig være tilfellet der forklaringen endres etter at det grunnlaget som først ble påberopt, viser seg ikke å føre frem.”

Advokatforeningen mener at innstrammingen ikke er en harmonisering av de norske reglene i forhold til folkeretten, men en innføring av et beviskrav som er strengere enn det som følger av folkeretten.

I UNHCRs håndbok fremkommer det at asylsøkerens forklaring må være «plausible» og at forklaringen må være «capable of being believed». I departementets forslag fremstilles det som at «plausible» er tilsvarende begrepet «sannsynlig». Advokatforeningen mener at «plausible» ikke kan oversettes med «sannsynlig», slik departementet gjør, men er tilsvarende «noenlunde sannsynlig», jf Rt 2011 s 1481. Således er UNHCRS beviskrav etter Advokatforeningens syn i tråd med det beviskrav som gjelder i norsk rett i dag, det vil si at forklaringen fremstår som «noenlunde sannsynlig».

Asylsøkere som flykter fra en situasjon der de risikerer forfølgelse, er i den særegne situasjon at de sjelden har annet enn sin egen forklaring å sannsynliggjøre sin asylhistorie med. I høringsnotatet foreslås det at asylsøkerens forklaring kan ses i lys av erfaring med sammenlignbare saker. Dette fremgår av forslag til ny utlendingsforskrift § 7-3.

Advokatforeningen mener dette er i strid med asylsøkerens krav på individuell behandling og individuell rett til beskyttelse. Det faktum at det i perioder kommer større søkermasser fra enkelte land eller med et konkret beskyttelsesbehov, kan ikke svekke den enkelte asylsøkers rettssikkerhet.

Videre mener Advokatforeningen at det ikke er gitt at handlinger og aktivitet «sûr place» gjør bevisituasjonen lettere for asylsøkeren enn i ordinære situasjoner der det søkes asyl. Selv om handlingene eller aktiviteten skjer etter at asylsøkeren har kommet til Norge, kan situasjonen i hjemlandet som utløser «sûr place» situasjonen, være like vanskelig å bevise som tidligere. Advokatforeningen mener derfor at det ikke er grunnlag for å oppstille et strengere beviskrav i disse sakene enn i ordinære asylsaker.

Ad 6.1.3.5 Risikokravet

Departementet uttaler innledningsvis under dette punktet at dagens utgangspunkt med hensyn til krav til bevis for risiko skal videreføres.

Departementet foreslår å forskriftsfeste krav til bevis for risiko i en ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3. Det fremgår imidlertid av ordlyden at forslaget innebærer et strengere beviskrav for risiko for forfølgelse. Departementet foreslår at det skal kreves at forfølgelse eller alvorlige overgrep er en

sannsynlig følge av utsendelse.

Dette er en betydelig innstramming av kravet til bevis for risiko.

Forslaget er etter Advokatforeningens syn i strid med våre folkerettslige forpliktelser, både etter Flyktningkonvensjonen og EMK.

Advokatforeningen vil innledningsvis bemerke at mens beviskravet (jf pkt 6.1.3.3) omhandler kravet til bevis for at asylsøkerens forklaring skal legges til grunn, omhandler risikokravet kravet til risiko for at følgen, dvs forfølgelsen, vil inntreffe ved retur. Selv om vurdering av beviskrav og risikokrav ofte gjøres i sammenheng, er det likevel grunn til å påpeke at dersom risikoen gjelder liv (EMK art 2) eller fare for lemlestelse (EMK art 3), kan det i visse tilfeller være tilstrekkelig med sannsynliggjøring av 10 % sjanse for at det vil inntreffe. Fra NOU 2004: 20 Ny utlendingslov pkt 6.2.4.3 om risikovurderingen hitsettes følgende:

“I praksis vil det sentrale vurderingsspørsmål som oftest gjelde om det ut fra en objektivisert bedømmelse foreligger en tilstrekkelig fare for at den anførte risiko faktisk vil materialisere seg i overgrep ved retur. Samtidig som det er klart at det ikke er tilstrekkelig å påvise en fjern mulighet for at overgrep kan inntreffe, må ikke kravet til risiko fastsettes strengere enn at søkere med en reell grunn til å frykte forfølgelse sikres rett til beskyttelse. Noe krav om sannsynlighetsovervekt - i betydningen mer enn 50% risiko for at forfølgelse vil finne sted - kan derfor ikke komme på tale i denne sammenheng. Det er verken hensiktsmessig eller mulig å angi noe nærmere om hvilken grad av risiko som kreves for flyktningbeskyttelse. Risikoterskelen må fastsettes etter en konkret vurdering av den enkelte sak, hvor det blant annet vil være naturlig å legge vekt på alvorret ved den type overgrep risikoen relaterer seg til. For likevel å belyse avstanden mellom det sannsynlighetskrav man opererer med i bevissammenheng og i risikovurderingen, kan følgende eksempel trekkes frem: Dersom det er mulig å fastslå en 10 % risiko for at søkeren vil bli drept eller lemlestet ved retur, vil risikoen åpenbart være tilstrekkelig høy til at søkeren har krav på flyktningbeskyttelse.”

I Flyktningkonvensjonen stilles det krav om en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse. I EMK art 3 fremgår det at det skal være en «reell risiko» for forfølgelse. Det er ikke tilstrekkelig at det fremheves i forskriften at kravene til faregrad og sannsynlighet for at følgen skal inntreffe, skal være i tråd med våre folkerettslige forpliktelser. Dette må fremgå av den konkrete ordlyden i forskriften.

Videre er Advokatforeningen kritisk til at det foreslås en presumsjon for at det ikke foreligger beskyttelsesbehov for stater som er forpliktet etter EMK og EUs statusdirektiv. Det avgjørende må være at statene faktisk etterlever sine forpliktelser. Dette må vurderes i den enkelte sak. Som eksempel kan vises til at en rekke av statene som er forpliktet etter EMK og EUs statusdirektiv dømmes for brudd på disse bestemmelsene jevnlig. I avgjørelsen *N.S and others – C-411/10* fra EU-domstolen følger det at en stat ikke uten videre kan legge til grunn en slik presumsjon. Fra dommen gjengis:

“European Union law precludes the application of a conclusive presumption that the Member State which Article 3(1) of Regulation No 343/2003 indicates as responsible observes the fundamental rights of the European Union.

Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union must be interpreted as meaning that the Member States, including the national courts, may not transfer an asylum

seeker to the 'Member State responsible' within the meaning of Regulation where they cannot be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that Member State amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of that provision."

Avgjørelsen viser at det ikke er tilstrekkelig å anlegge en presumsjon. Hvor statene ikke kan være ukjent med at det foreligger systematisk svikt i mottakerlandet, enten med hensyn til asylprosedyre eller mottaksforhold, og disse forhold gir velbegrunnet frykt for at asylsøkeren vil bli utsatt for inhuman eller nedverdiggende behandling ved retur, må staten selv ta ansvar for realitetsbehandling. Det er da ikke holdbart og vise til at mottakerlandet er bundet av folkerettslige- og menneskerettslige forpliktelser.

Avgjørelsen fra Europadomstolen er senere vist til i praksis fra EMD.

Av tidsaktuelle eksempler kan nevnes at Russland nylig er dømt i EMD for å ha returnert syriske asylsøkere tilbake til Syria. Det ligger liten beskyttelse i et regelverk dersom regelverket ikke overholdes.

Ad 6.2: Oppheving av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b – ny bestemmelse om oppholdstillatelse til utlendinger med rett til subsidiær beskyttelse

Departementet foreslår å gjeninnføre skillet mellom personer som har krav på opphold etter flyktningkonvensjonen og de som har krav på vern mot retur til hjemlandet etter det menneskerettslige returforbudet, jf f eks vernet mot tortur etter EMK art 3. Departementet viser til at:

- “- *Ordnningen med «anerkjennelse som flyktning bør reserveres for de personer som har krav på særskilt behandling som følge av folkerettslige forpliktelser.»*
- *«Ordnningen i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b – som trådte i kraft i 2010 – avviker markant fra øvrige staters regulering, herunder rettstilstanden i EUs statusdirektiv, hvor flyktningstatus reserveres for personer som har krav på beskyttelse etter flyktningkonvensjonen.»*
- *«Særordningen i norsk rett kan gi intensiver for tilstrømning til Norge som ikke kan ha vært tilsiktet.»*

Advokatforeningen vil innledningsvis påpeke at den store asyltilstrømningen vi har sett nå, ikke skyldes vedtakelsen av ny utlendingslov. Tidligere fikk personer som ble ansett omfattet av returvernet, jf tidligere utlendingslov § 15 første ledd første punktum, innvilget oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, etter daværende utlendingslov § 8 annet ledd. Ettersom opphold etter § 8 annet ledd (omtalt som opphold på humanitært grunnlag) også omfattet den gruppen av utlendinger som fikk opphold av rene menneskelige hensyn og/eller særlig tilknytning til riket, ønsket lovgiver å tydeliggjøre at asylsøkere som var omfattet av returvernet, skulle få tillatelse av beskyttelsesgrunner, og at tillatelsen til opphold derfor ikke skulle hete opphold på humanitært grunnlag.

Advokatforeningen er likevel enig i at det er gode grunner til å harmonisere formuleringen av beskyttelsesstandardene i Norge med EUs statusdirektiv (2011/95/EU), hvor det skilles mellom «konvensjonsflyktninger», jf art 2 bokstav d, og utlendinger som er berettiget til «subsidiær beskyttelse», definert i art 2 bokstav f, jf art 15. Ettersom Norge er tilknyttet Dublin III forordningen, med tilbakesending av asylsøkere til andre EU-land, fremstår det som fornuftig med en slik harmonisering.

Advokatforeningen har således ikke noen innvendinger mot at beskyttelsesbestemmelsen i § 28 første ledd bokstav b videreføres med den samme ordlyden i § 28a, med den forskjell at bestemmelsen nå heter "*subsidiær beskyttelse*".

Advokatforeningen deler imidlertid ikke uten videre departementets syn om at denne gruppen derved skal få et mindre gunstig sett av regler for familiegjenforening. Likhetspunktene med konvensjonsflyktingene er flere enn ulikhetene. Begge gis rett til opphold i Norge av beskyttelsesgrunner, og familien kan derfor ikke gjenforenes i hjemlandet. Det vil derfor kunne innebære en varig familiesplittelse dersom familiegjenforening nektes. Som påpekt i bemerkningene til kap. 7 nedenfor, går det et viktig skille i EMDs praksis etter EMK art 8 mellom saker som gjelder familiegjenforening for utlendinger som er gitt beskyttelse og hvor familiegjenforening derfor ikke er mulig i hjemlandet, og saker hvor slik gjenforening er mulig, men hvor det av andre grunner er vanskelig eller urimelig.

Advokatforeningen kan derfor ikke støtte det som blir den indirekte konsekvensen av forslaget, nemlig at asylsøkere som får beskyttelse etter § 28a, skal få sine familiegjenforeningssøknader behandlet etter de samme regler som utlendinger som ikke har noen form for beskyttelsesstatus.

Ad 6.3: Innføring av midlertidig beskyttelse

Departementet foreslår å innføre en forskriftshjemmel som gir adgang til å gi midlertidig beskyttelse etter forenklete regler der hensynet til saksbehandlingen tilsier det. Slik tillatelse skal ikke kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse, og den midlertidige tillatelsen skal heller ikke danne grunnlag for familieinnvandring. Avgjørelse om slik midlertidig tillatelse skal ikke anses som et enkeltvedtak, og skal dermed ikke kunne være gjenstand for klage eller søksmål.

Videre foreslår departementet en regel som gir adgang til å avslå en søknad om permanent oppholdstillatelse der tungtveiende innvandringsregulerende hensyn tilsier det.

Departementets forslag er inntatt i forslag til ny § 28b, samt et nytt annet ledd i § 62 i loven.

Advokatforeningen har forståelse for at det er behov for et regelverk som tar høyde for at det i perioder kan oppstå flykningetilstrømming til landet som skaper kapasitetsmessige utfordringer i saksbehandlingssystemet. Det kan på dette grunnlag være riktig å innføre en hjemmel som gir mulighet til å gi tillatelser av midlertidig karakter som er forslagets utgangspunkt.

Advokatforeningen er imidlertid i utgangspunktet kritisk til et regelverk som i stadig større grad legger opp til midlertidige tillatelser. Dette vil åpenbart kunne ha negativ effekt i forhold til integrering i det norske samfunnet for personer som etter en senere vurdering uansett skal bli værende i Norge i kraft av et reelt behov for beskyttelse.

Det er Advokatforeningens standpunkt at en person som er gitt en midlertidig tillatelse med utgangspunkt i forslaget til ny regel, må få den tiden vedkommende lovlig har oppholdt seg i Norge godskrevet som grunnlag for permanent tillatelse, dersom man eksempelvis etter to års opphold finner at personen har krav på fortsatt beskyttelse. Det er urimelig og svært lite egnet til å fremme integrering i det norske samfunnet at personer med et klart beskyttelsesbehov blir satt på vent i unødige lang tid før de kan fokusere på å skape en fremtid i Norge.

Vedrørende nytt annet ledd i utlendingsloven § 62, legger Advokatforeningen til grunn at «innvandringsregulerende hensyn» i denne sammenheng er begrenset til de forhold som er nevnt i samme bestemmelse. For øvrig minner Advokatforeningen om at det i mange tilfeller er svært vanskelig for søkere å avklare egen identitet gjennom å fremskaffe nødvendige papirer fra hjemlandet, samt fremskaffe reisedokumenter. Videre minner en om at det med utgangspunkt i våre flyktningrettslige forpliktelser også skal gis beskyttelse til personer der beskyttelsesbehovet har oppstått etter at vedkommende forlot hjemlandet, og at det må være en høy terskel for å legge til grunn at beskyttelsesgrunnlaget er konstruert for å oppnå oppholdstillatelse.

Ad 6.4: Fornytt beskyttelsesvurdering ved fylte 18 år for enslige mindreårige asylsøkere

Høringsforslaget innebærer at man ønsker å utvide bruken av tidsbegrensede tillatelser til enslige mindreårige asylsøkere. Forslaget innebærer en ny § 28c, samt en ny § 38a i loven. Utlendingsforskriften § 8-8 er foreslått opphevet.

Advokatforeningen er kritisk til at man ønsker en ytterligere økt bruk av tidsbegrensede tillatelser for enslige mindreårige asylsøkere. Advokatforeningen er av den oppfatning at en slik utvidet bruk av tidsbegrensede tillatelser vil kunne være i strid med hensynet til barnets beste, og dermed også i strid med internasjonale forpliktelser blant annet med utgangspunkt i Barnekonvensjonen art 3 nr 1. For en mindreårig vil en reise alene til Europa normalt innebære en betydelig belastning og også være forbundet med stor fare. Enslige mindreårige asylsøkere er nødvendigvis en av de mest sårbare gruppene som ankommer vårt land.

Dersom det er mulig å begrense antallet av det som eventuelt kan karakteriseres som «unødvendige» enslige mindreårige asylsøkere, er dette selvsagt ønskelig. Det synes imidlertid å være grunn til å tro at det store flertallet av de enslige mindreårige asylsøkerne har forlatt hjemlandet med et reelt beskyttelsesbehov. Dette synes også å komme til uttrykk ved at et stort flertall i denne gruppen gis beskyttelse per i dag.

Økt bruk av tidsbegrensede tillatelser vil slik Advokatforeningen ser det, skape økt usikkerhet og belastning for en gruppe som allerede er svært sårbar. Mange i denne gruppen har allerede gjennomgått store psykiske belastninger før de kom til Norge, og ytterligere ustabilitet her antas å ville kunne ha svært negativ effekt. Innstramminger i regelverket på dette punktet vil dessuten kunne svekke integreringen av dem som likevel skal få bli. Det er også en betydelig risiko for at man i forhold til gruppen som omfattes av regelverket, vil se en ytterligere økning av individer som forsvinner uten at noen kan redegjøre for hvor det er blitt av dem. Dette er en gruppe som er særlig sårbar i forhold til menneskehandel.

For Advokatforeningen fremstår de negative virkningene av en innstramming i regelverket på dette punkt som betydelige. Samtidig er det svært usikkert om man ved å endre regelverket vil være i stand til å oppnå den ønskede effekt som må antas å være å forhindre at enslige mindreårige legger ut på en unødvendig reise til Europa og Norge.

Advokatforeningen kan etter dette ikke støtte forslaget.

Ad 6.5: Oppheving av rimelighetsvilkåret ved henvisning til internflukt i utlendingsloven § 28 femte ledd

Det er i høringsnotatet foreslått en endring av utlendingsloven § 28 femte ledd om internflukt. Forslaget går ut på å endre siste del av bestemmelsen, hvor det er krav om at det «ikke er urimelig» å henvise utlendingen til å søke beskyttelse i eget hjemland selv om hun eller han kan få «effektiv beskyttelse» i en annen del av hjemlandet enn området vedkommende har reist fra. En eventuell endring av lovens § 28 femte ledd vil også innebære at man opphever utlendingsforskriften § 7-1 som gir anvisning på hvordan rimelighetsvilkåret skal anvendes.

Departementets forslag synes å være basert på at Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å opprettholde et rimelighetsvilkår i loven. Advokatforeningen vil i denne sammenheng vise til at dette ikke er et opplagt spørsmål, og at det er mye som taler for at Norge også i fortsettelsen bør ha et klart rimelighetshensyn forankret i loven.

UNHCR sin vurdering av spørsmål om internflukt etter Flyktningkonvensjonen synes å konkludere med at det foreligger en folkerettslig forpliktelse til å foreta en slik rimelighetsvurdering som nå departementet ønsker fjernet.

UNE har i stornemnd i 2006 lagt til grunn at det må foretas en vurdering av hvorvidt internflukt fremstår som trygt, tilgjengelig og *rimelig*. Denne avgjørelsen er omtalt i forarbeidene under punktet om "Gjeldende rett", jf pkt 5.4.1 i Ot prp nr 75 (2006-2007), hvor følgende hitsettes:

"I desember 2006 ble det truffet et presedensvedtak om internt fluktalternativ av stornemnda i UNE. Stornemnda uttaler at den anser det prinsipielt riktig at de andre asylkriteriene i flyktningkonvensjonen er vurdert og funnet oppfylt før spørsmålet om internflukt blir vurdert. Det må videre konkretiseres et bestemt område for mulig internflukt i hjemlandet. Tre kumulative vilkår må foreligge for å kunne henvise til internflukt: det må være tilgjengelig, trygt og framstå som rimelig."

Om forholdet til UNHCRs retningslinjer heter det videre under pkt 5.4.1:

"Stornemnda mener at retningslinjene fra UNHCR i dokumentet om internflukt fra 2003, punktene 24-30, i det alt vesentlige gir en hensiktsmessig og riktig ramme for rimelighetsvurderingen. (UNHCRS håndbok)"

Også EUs statusdirektiv (2011/95/EU) har regler om internflukt i art 8, som fordrer en rimelighetsvurdering. Av art 8 første ledd fremgår et tilsvarende krav om at internflukt må være trygt. I tillegg må internflukt være tilgjengelig og rimelig. Fra bestemmelsens siste ledd (om tilgjengelighet og rimelighet) hitsettes:

"... and he or she can safely and legally travel to and gain admittance to that part of the country and can reasonably be expected to settle there."

Det er grunn til å understreke at denne internfluktbestemmelsen i statusdirektivet gjelder som en subsidiær vurdering, både i forhold til en konvensjonsflyktning og en flyktning som fyller kriteriene for subsidiær beskyttelse.

Selv om Norge direkte sett ikke er bundet av statusdirektivet, vil regelverket likevel kunne fremstå som bindende, på grunn av Norges deltakelse i Dublinsamarbeidet.

Selv om en rimelighetsvurdering ikke uten videre skulle være forankret i Flyktningkonvensjonen, vil en slik vurdering kunne være nødvendig med utgangspunkt i Norges forpliktelser etter EMK. EMDs tolkning og avgjørelse i sak *Sufi og Elmi mot Storbritannia* er et eksempel på dette, og hvor en internflukt ble funnet uforenlig med EMK art 3. EMD vurderte i denne saken ikke kun fare for forfølgelse og forsettlig krenkelser, men også faren for å bli utsatt for menneskerettslige og humanitære forhold i strid med EMK art 3, jf avgjørelsen avsnitt 296.

Advokatforeningen mener på denne bakgrunn at selv om flyktingen kan få «effektiv beskyttelse» i en annen del av hjemlandet enn området vedkommende har reist fra, må det i tillegg foretas en rimelighetsvurdering. Advokatforeningen mener at det er gode grunner til å anta at rimelighetskriteriet har folkerettslig forankring, og at departementet ikke uten videre kan gå ut i fra at Norge ikke har noen forpliktelse på dette punkt. Etter Advokatforeningens mening bør kravet om en rimelighetsvurdering fortsatt fremgå av loven. Departementets forslag kan etter dette ikke støttes.

Ad kap. 7: Endringer i regler om familiegjenforening

Departementets forslag gjelder familiegjenforening, og ikke familieetablering. I dette ligger at det dreier seg om familieinnvandring hvor det allerede foreligger et etablert familieliv, dvs. et familieliv som er vernet etter EMK art 8 nr 1. Departementets forslag til innskrenkning er foranlediget av ønske om tiltak for å motvirke flyktingstrømmen, og er således rettet mot flyktinger som gis beskyttelse i Norge. Departementet foreslår likevel at endringene bør gjelde generelt, slik at de også vil gjelde for familiemedlemmer til utlendinger med annet oppholdsgrunnlag enn beskyttelse. Forslaget reiser flere problemstillinger. Hvilke skranker setter EMK art 8 nr 2 og andre internasjonale forpliktelser for adgangen til innstramninger? Skal reglene være mer fordelaktige for flyktinger?

Ad 7.6.2: Forslag om utvidelse av underholds kravet

Departementet foreslår å oppheve unntaket fra underholds kravet som i dag gjelder for utlendinger som får opphold etter utlendingslovens § 28 (beskyttelse). Dette innebærer at personer som får beskyttelse i utgangspunktet må oppfylle vilkåret om fremtidig og tidligere inntekt, samt vilkåret om ikke å ha mottatt sosialhjelp de siste 12 månedene.

Dette er strengere enn forslagene til innstramning i både Sverige og Danmark. I Sverige er det foreslått en midlertidig lov med tre års varighet. Der stilles det krav om at flyktingen må være 21 år for å søke familiegjenforening, og det må søkes innen tre måneder etter at flyktingen har fått opphold. Etter tremånedersfristen er utløpt, stilles det krav om underhold. For flyktinger med subsidiær beskyttelse kan det ikke søkes familiegjenforening i den perioden den midlertidige loven gjelder. I Danmark medfører loven som ble vedtatt 26. januar 2016, forlengelse av botiden fra ett til tre år. Det betyr at Norge foreslår det strengeste regelverket for familiegjenforening i Skandinavia.

Advokatforeningen er kritisk til forslaget om opphevelse av unntaket. Forslaget rammer mennesker på flukt svært hardt. Et slikt forslag rammer først og fremst konene og barna som sitter igjen i et hjemland i krig eller i flyktingleirer. Med en slik opphevelse går man bort fra den tidligere tanken om at det er en presumpsjon om avledet forfølgelsesfare for flyktingenes nærmeste familiemedlemmer, og at disse derfor også bør få oppholdstillatelse.

Bakgrunnen for departementets forslag om innstramminger er den voldsomme økningen i asylsøkere som er kommet særlig i 2015, og et forsøk på hindre misbruk av asylsystemet for de som ikke trenger beskyttelse. Advokatforeningen ser at det kan være behov for å iverksette tiltak mot at store mengder av utlendinger uten beskyttelsesbehov kommer til Norge for å søke asyl.»

Advokatforeningen mener imidlertid at kravet om fremtidig og tidligere inntekt vil være svært vanskelig å oppnå for de fleste som har fått asyl. Departementet har i sitt forslag hevdet at innstrammingen vil føre til økt motivasjon til integrering, uten at dette er forsøkt begrunnet eller dokumentert. Advokatforeningen er bekymret for at de strenge kravene til familiegjenforening heller vil bidra til at flyktingens integrering i Norge blir vanskeligere enn det motsatte. Flyktningshjelpen har påpekt at erfaringer har vist at flyktinger som uroer seg for familiens sikkerhet i hjemlandet, har vanskeligere for å ta aktivt del i integreringsprosessen, og at integrering går lettere hvis hele familien er samlet.

Advokatforeningen mener det må være viktig å komme med tiltak som i størst mulig grad fremmer integreringen. UDI og Flyktningshjelpen har advart om at innstramminger i reglene for familiegjenforening for flyktinger kan føre til en økt flyktningsstrøm. Dette begrunnes med at et slikt forslag vil kunne føre til at hele familien legger ut på flukt fordi man ikke kan basere seg på å komme etter et familiemedlem som har fått beskyttelse. En slik konsekvens vil i stor grad ramme kvinner og barn fordi statistikken viser at det er flest menn som kommer først. Advokatforeningen er kritisk til et forslag som i hovedsak rammer svake grupper med særlig behov for beskyttelse, som kvinner, barn og personer med ulike former for funksjonshemninger.

Advokatforeningen vil dessuten vise til at tiltak for å hindre familiegjenforening for flyktinger kan være i strid med våre folkerettslige forpliktelser. Departementet har i liten grad vurdert dette i høringsnotatet. Advokatforeningen mener forslaget vil være i strid med EMK art 8. Departementet har i notatet vist til EMDs avgjørelse *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom* for å begrunne at innstrammingene ikke gjør at Norge bryter med EMK art 8. Saken gjaldt imidlertid tre kvinner som hadde giftet seg etter at de kom til Storbritannia, og det var intet til hinder for at de kunne etablere seg med sine ektefeller i sine hjemland. Referansen til denne avgjørelsen er således lite treffende for spørsmålet om flyktinger skal få anledning til *gjenforening* med sin familie. De fleste familier som søker gjenforening med flykting som har fått oppholdstillatelse, vil ikke kunne reetablere familielivet i hjemlandet, og det vil sjelden være andre land hvor det er mulig med familiegjenforening.

Spørsmålet om avslag på familiegjenforening vil innebære en konvensjonskrenkelse etter EMK art 8 nr 2, vil således forholde seg annerledes for flyktinger. Et avslag vil bety varig familiesplittelse, ettersom gjenforening ikke kan skje i det land hvor flyktingen har flyktet fra. I EMDs avgjørelse (60665/00) 1. desember 2006 *Tuquabo-Tekle and others v The Netherlands* gjøres nettopp denne distinksjonen til dommen *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* fra 25. mai 1985. Fra avsnitt 44 i domstolens vurdering i *Tuquabo-Tekle* saken hitsettes:

“44. The present case hinges on the question whether the authorities of the respondent State were under a duty to allow Mehret to reside in the Netherlands with her mother, stepfather and siblings, thus enabling the applicants to develop family life there. The Court must examine whether in refusing to do so the Government can be said to have struck a fair balance between the applicants’ interests on the one hand and its own interest in controlling immigration on the other. In its assessment, the Court will have regard to the age of the children concerned, their situation in their country of origin and the extent to which they are dependent on their parents. In

this context it is to be borne in mind that the present case concerns not only immigration but also family life and that it involves an alien – Mrs Tuquabo-Tekle – who already had a family which she had left behind in another country until she had achieved settled status in her respective host countries, that is Norway and the Netherlands (contrast Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 34, § 68)."

Departementet hevder at Abdulaziz, Cabales and Balkandali avgjørelse og andre tilsvarende avgjørelser i EMD slår fast at statene står fritt til selv å regulere familiegjenforening. Dette gir imidlertid etter Advokatforeningens mening ikke et dekkende bilde. Selv om statene gis en vid adgang til å regulere spørsmålet om familiegjenforening gjennom intern lovgivning, stilles det krav om at inngrepene både må være proporsjonale og i tråd med barnets beste, jf Barnekonvensjonen.

Disse forholdene kan ikke sees å ha blitt drøftet i høringsnotatet.

I Tuquabo-Tekle saken kom ikke familiesplittelse på spissen. Domstolen tok utelukkende utgangspunkt i at fru Tuquabo-Tekle hadde et etablert familieliv før hun forlot hjemlandet, og at hun hadde fått permanent opphold, først i Norge og senere i Nederland. Derfor kan avgjørelsen tas til inntekt for også å gjelde andre enn flyktninger. Som det fremgår av avsnitt 44, gjorde domstolen en vurdering av barnets situasjon. Ettersom barnet var 15 år på søknadstidspunktet, så retten hen til barnets alder og omsorgssituasjon i hjemlandet. Etter omstendighetene kom domstolen til at det forelå en krenkelse å avslå familiegjenforening for barnet.

Tilsvarende kom Domstolen til at det var en krenkelse å avslå familiegjenforening med barn i sak (31465/96) *Sen v Netherlands*, hvor barnet bodde i hjemlandet, Tyrkia, og som da ikke dreide seg om flyktninger.

Når det gjelder familiegjenforening for flyktninger, avsa EMD to avgjørelser mot Frankrike sommeren 2014, hvor det ble konkludert med krenkelse av EMK art 8; *Tanda-Muzinga vs France* 10. juli 2014 (52701/09) og *Mugenzi vs France* 10. juli 2014 (2260/10). Klagesakene gjaldt avslag på familiegjenforening, men hvor domstolen også tok stilling til hvorvidt familiegjenforeningsprosessen i seg selv innebar en krenkelse. Dette er således i høyeste grad relevant for departementets lovforslag, fordi det begrenser det enkeltes lands mulighet til selv å sette rammer for familiegjenforening for flyktninger.

For det første uttalte EMD at det er bred internasjonal og europeisk konsensus om behovet for at flyktninger har adgang til en mer «favourable» prosess enn andre utlendinger. Dommene er på fransk, så nedenfor hitsettes fra EMDs pressemelding 10. juli 2014:

"The Court reiterated that family unity was an essential right for refugees and that family reunification was a fundamental element in enabling persons who had fled persecution to resume a normal life. There existed a broad consensus at the international and European level concerning the need for refugees to benefit from a more favourable family reunification procedure than that foreseen for other foreigners."

For det andre bygget domstolen på bred internasjonal rett. Av internasjonale regler ble det blant annet vist til Flyktningkonvensjonen, fortalen til EUs direktiv om familieinnvandring ((2003/86/EF) og Europa Kommissjonens Green Paper om implementeringen av familieinnvandringsdirektivet og UNHCRs respons til Green Paper, samt Europarådets Ministerkomitè's anbefaling nr R (99) 23. Fra pressemeldingen til

EMD hitsettes:

“Furthermore, the Court had to take account of the standards set out in the international instruments in this area and to bear in mind the recommendations made by non-governmental organisations specialising in the rights of aliens. In particular, with regard to evidence provided by the applicants, the national authorities were urged to take into consideration “other evidence” of the existence of family ties where the refugee was unable to provide official supporting documents.”

I Mugenzi saken konkluderte domstolen at det å avslå i seg selv ikke var en “interference” i den aktuelle saken, da det var bevisproblematikk knyttet til barnets identitet/familierelasjon, men EMD fant at selve prosessen var en krenkelse av EMK art 8.

Domstolen foretok en konkret vurdering av kvaliteten på familieinnvandringsprosessen, og konkluderte med at:

- Den lange saksbehandlingstiden var urimelig (“time period were excessive”)
 - o Tanda-Muzinga avsnitt 80/Mugenzi avsnitt 61
- Saksbehandlingen manglet fleksibilitet (“flexibility”), hurtighet (“promptness”) og effektivitet (“effectiveness”)
 - o Tanda-Muzinga avsnitt 82/Mugenzi avsnitt 62.

Frankrike hadde dermed ikke funnet en rettfærdig balanse mellom søkerens rett til familieliv og statens interesser i immigrasjonskontroll.

For Norge som medlemsland betyr dette at en innføring av lovregler som innebærer et 4 års krav om arbeid og utdanning før en flyktning kan få familiegjenforening, fort vil komme i strid med krav til familieinnvandringsprosessen om effektivitet og hurtighet.

Til sammenligning har den danske regjering foreslått at retten til familiegjenforening utskytes med 3 år, regnet fra anerkjennelse av flyktningen. Forslaget er ikke vedtatt. Institutt for menneskerettigheter i Danmark påpeker i sin høringsuttalelse 6. januar 2015 at de enkelte medlemsland ikke selv kan bestemme når en konvensjonsrettighet oppstår. I likhet med det norske departement har heller ikke det danske ministeriet drøftet forholdet til nyere EMD praksis i sitt høringsforslag. Fra høringsuttalelsen til Institutt for menneskerettigheter i Danmark hitsettes pkt 4.3.1:

“Ministeriet har anført i lovforslagets bemærkninger, at der ikke er relevant retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen. Det fremgår ikke af lovforslaget, hvorfor Domstolens nye og centrale retspraksis ikke anses for relevant, men det kan overvejes, om regeringen underkender betydningen af Domstolens retspraksis, fordi den handler om sagsbehandlingstider, og fordi der i Danmark slet ikke iværksættes nogen sagsbehandling, da den er udskudt ved lov. Retten til familieliv opstår imidlertid ikke ved dansk lov, men følger af den internationale menneskeret. Alle stater har en frihed til at bestemme, hvordan de vil gennemføre deres menneskeretlige forpligtelser, men det ville gøre alle rettigheder teoretiske og illusoriske, hvis staterne ensidigt kunne fastslå, hvornår rettighederne opstår. Hvis lovgivningen var afgørende, ville Danmark frit kunne udsætte tidspunktet for Menneskerettighedsdomstolens vurdering af hastigheden af familiesammenføringen, men det savner mening, da Domstolen tværtimod har fastslået, at det er af afgørende vigtighed, at familiens enhed sikres gennemført hurtigt.”

Videre kan forslaget være i strid med diskrimineringsbestemmelsen i EMK art 14. Departementet har kun nevnt bestemmelsen, uten å vurdere hvorvidt forslaget vil være i strid med art 14. Dette må utredes nærmere.

Slik forslaget fra departementet nå foreligger, vil det *de facto* i de fleste tilfeller bidra til at flyktninger som har fått oppholdstillatelse, splittes fra sine familier i flere år, noe som etter Advokatforeningens syn vil være i strid med våre folkerettslige forpliktelser.

Advokatforeningen kan på denne bakgrunn ikke støtte departementets forslag.

Ad 7.6.3: Forslag om innføring av fire års arbeid eller utdanning i Norge ved familiegjenforening

Når det gjelder forslaget om å innføre krav om fire års arbeid eller utdanning i Norge ved familiegjenforening, vil Advokatforeningen vise til det som er anført under pkt 7.6.2 foran vedrørende flyktninger. Familiene det er snakk om, bor gjerne i områder med krig eller i flyktningeleire. Dersom kravet innføres, vil det ta svært lang tid for flyktninger å kunne bli gjenforent med sine familier. Det vil måtte beregnes en saksbehandlingstid for søknaden som gjør at den totale tiden en flyktning må vente for å gjenforenes med familien, i beste fall vil være opp mot 5-6 år fra flyktningen har fått oppholdstillatelse til gjenforening kan finne sted. I de fleste tilfeller vil det trolig være snakk om enda flere år.

Som påpekt ovenfor, mener Advokatforeningen at det vil kunne innebære en konvensjonskrenkelse av retten til familieliv, jf EMK art 8.

Ad 7.6.4: Forslag om avslag dersom familiens tilknytning til Norge er svak

Advokatforeningen mener at det vil være rimelig å avslå søknader om familiegjenforening i tilfeller der referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge, og familiegjenforening kan skje i et land familien samlet sett har sterkere tilknytning til. Dette forutsetter imidlertid at familiegjenforening kan skje i et trygt tredjeland. Dette vil normalt ikke være tilfelle for flyktninger. Norge gir ikke beskyttelse til en flyktning dersom vedkommende har oppholdstillatelse i et annet land. Asylinstituttet er av subsidiær karakter.

Under enhver omstendighet må det defineres hva som er et trygt tredjeland, og at det stilles krav til at tredjelandet ivaretar grunnleggende menneskerettigheter. I tillegg må det stilles krav til at familien har en avklart oppholdsstatus i dette landet. Det må settes krav til individuell vurdering av om det er snakk om et trygt tredjeland og søker/referanseperson må gis anledning til å uttale seg om spørsmålet.

Ad kap. 8: Skjerpede krav for permanent oppholdstillatelse

Når det gjelder de foreslåtte endringene under punkt 8.3.2, 8.3.3 og 8.3.5, viser Advokatforeningen til sin uttalelse av 20. januar 2015 til forslaget til endringer i statsborgerloven, statsborgerforskriften og NIR-forskriften – krav om at søkere mellom 18 og 67 skal beherske et minimum av norsk muntlig og bestå en test i samfunnskunnskap.

Advokatforenings kommentarer i denne høringsuttalelsen er for en stor del dekkende også i forhold til de

nevnte endringsforslagene.

Ad 8.3.2: Vilkår om at utlendingen ved prøve i norsk behersker et minimum av norsk muntlig

Advokatforeningen synes det er et rimelig krav at personer som ønsker å bosette seg permanent i Norge, behersker et visst minimum av norsk muntlig. Det er videre fornuftig at nivået på norskerferdighetene legges på et noe lavere nivå enn det som kreves for å bli norsk statsborger.

Ad 8.3.3 Vilkår om bestått prøve i samfunnskunnskap

Advokatforeningen synes også at det er et rimelig krav at personer som ønsker å bosette seg permanent i Norge, må bestå en prøve i samfunnskunnskap. Advokatforeningen er positiv til at prøven kan avlegges på et språk utlendingen forstår og ikke må avlegges på norsk slik tilfellet er for tilsvarende krav etter statsborgerloven.

Ad 8.3.4 Vilkår om selvforsørgelse

Innledningsvis vil Advokatforeningen bemerke at forslaget slik det fremkommer i høringsnotatet virker noe uferdig og hastverkspreget. Forslaget er lite detaljert og konsekvenser i liten grad utredet.

Advokatforeningen er kritisk til forslaget om selvforsørgelse idet forslaget innebærer en kraftig innstramming av reglene om permanent oppholdstillatelse. Reglene om permanent oppholdstillatelse er i første rekke begrunnet i at personer har en sterk tilknytning til Norge. Tilknytning skapes i stor grad gjennom botid, men også gjennom kunnskap om samfunnet og evne til å kommunisere på norsk. Advokatforeningen mener at selvforsørgelse ikke i samme grad er relevant for å skape tilknytning til Norge.

Advokatforeningen legger til grunn at departementet med «selvforsørgelse» mener at det kun er personens egen inntekt som er relevant. Dette vil i praksis ekskludere en stor gruppe personer fra muligheten til å få permanent opphold. Personer som har opphold i Norge på bakgrunn av familiegjenforening og blir forsørget av referanseperson, vil etter dette forslaget ikke fylle vilkårene for permanent opphold.

Departementet skriver i høringsbrevet at kravet om selvforsørgelse bør gjelde «alle». Advokatforeningen legger imidlertid til grunn at barn ikke skal være omfattet av et selvforsørgelseskrav. Dersom et barn får sin første tillatelse i Norge i en alder av 2 år, vil det ikke være mulig for dette barnet å fylle vilkårene for permanent opphold før han/hun er 21 år dersom man forutsetter at barnet først ved fylte 18 år kan skaffe seg en inntekt som oppfyller selvforsørgelseskravet. Krav om en botid i Norge på 19 år synes å være i lengste laget for å få permanent opphold.

Advokatforeningen vil også trekke frem situasjonen til syke, skadede og funksjonshemmede, som ikke har mulighet til å forsørge seg.

Advokatforeningen er videre kritisk til at personer som har tillatelse etter lovens § 28, nå skal være omfattet av et selvforsørgelseskrav. Disse personene er per i dag unntatt fra underholdskravet etter lovens § 58 og burde - slik Advokatforeningen ser det - også vært unntatt fra et eventuelt selvforsørgelseskrav. Personer som kommer til Norge som flyktninger, har et særlig behov for trygghet

og forutsigbarhet. Samtidig vil de ofte ha en personlig sårbarhet som vil gjøre det vanskelig for dem å skaffe seg en egen inntekt over et visst nivå.

Dersom det innføres et krav om selvforsørgelse, mener Advokatforeningen at det samtidig bør gis en hjemmel for unntak på samme måte som det gjelder en unntakshjemmel i forhold til underholdskravet. Departementet nevner selv relevante grupper for et unntak, nemlig yngre personer under utdanning og personer som kommer til Norge i høy alder. Advokatforeningen mener at alle barn må unntas fra et krav om selvforsørgelse. Videre bør det gjøres unntak for personer med tillatelse etter lovens § 28 og også for personer som i forbindelse med den midlertidige oppholdstillatelsen har blitt unntatt fra underholdskravet. Det bør også ses på behovet for å gjøre unntak i familiegjenforeningssaker.

Ad 8.3.5: Endringer i introduksjonsloven – plikt til opplæring i norsk og samfunnskunnskap for personer mellom 55 og 67 år

Forslaget til lovendring innebærer at personer mellom 55 år og 67 år pålegges en plikt som de ikke tidligere har hatt. I tråd med formålet bak lovforslaget anser imidlertid Advokatforeningen at det ikke er urimelig å pålegge disse personene en slik plikt som vilkår for å få permanent oppholdstillatelse.

Ad kap. 9: Utvisning av personer som er nektet realitetsbehandling av sin asylsøknad etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a og d og som ikke er gitt utreisefrist

Departementet foreslår å innføre en adgang til utvisning av utlendinger som er nektet realitetsbehandling av sin asylsøknad etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a eller d, og som ikke er gitt utreisefrist. Bestemmelsen foreslås inntatt som ny bokstav f i utlendingsloven § 66 første ledd.

Advokatforeningen kan ikke støtte forslaget, av flere grunner:

For det første vil forslaget komme i konflikt med det absolutte vernet mot utsendelse, jf. utlendingsloven § 73 første til tredje ledd. Returvernet går foran ethvert vedtak etter loven, jf. § 73 fjerde ledd.

For det annet savner lovforslaget legitim begrunnelse idet et inngripende tiltak som utvisning er å anse som en pønral reaksjon for «noe».

For det tredje er det problematisk om en asylsøker blir utvist som følge av avslag på realitetsbehandling. Dette vil i sin tur innebære en kriminalisering av asylsøkere – alene på grunnlag av å ha søkt asyl- og det vil komme i konflikt med våre internasjonale forpliktelser overfor asylsøkere.

For det tredje er saksbehandlingen, slik den legges opp, ikke egnet til å gi utlendingen noe rettssikkerhet, i strid med de minstekrav som følger av lov og våre internasjonale forpliktelser.

For det femte er det ikke grunn til å innføre en bestemmelse som strider mot Returdirektivet art 7 nr 4, slik denne bestemmelsen tolkes av EU-domstolen.

For ordens skyld presiseres at hver av grunnene er selvstendige argumenter for ikke å støtte forslaget:

Ad 1: Det absolutte vernet mot utsendelse, jf. utlendingsloven § 73, jf. EMK art 3

Returvernet i utlendingsloven § 73 rommer det absolutte vernet mot retur, jf. EMK art 3, om at ingen skal sendes til noe område hvor vedkommende står i reell fare for tortur eller for umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Dette eksteritorialvernet gjelder i forhold til enhver utsendelse og ethvert vedtak etter loven.

Advokatforeningen mener at den foreslåtte regelen i § 66 første ledd, ny bokstav f, via sin henvisning til «*nektet realitetsbehandling av sin søknad om asyl etter § 32 første ledd bokstav a eller d*», kan komme i konflikt med vernet etter EMK art 3 og utlendingsloven § 73. Det fremgår av ordlyden i § 32 første ledd bokstav d at det gjelder asylsøker som «*har reist til riket etter å ha hatt opphold i en stat eller et område hvor utlendingen ikke var forfulgt.*» Hvorvidt en utlending er vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 73, jf. EMK art 3, omhandler fremtidig risiko. Hvorvidt en person var forfulgt ved utreisen, kan være en sterk indikasjon på at utlendingen også vil være det ved retur, jf. f.eks. EUs statusdirektiv art 4 nr. 4, men det er ikke en betingelse for å bli anerkjent som flyktning eller for å bli omfattet av returvernet at vedkommende var forfulgt ved utreisen. Tilsvarende vil gjelde for bestemmelsen i utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a, som gjelder asylsøkere som «*har fått asyl eller annen form for beskyttelse i et annet land.*» Det kan være nye og andre grunner som gjør at asylsøkeren er vernet mot retur etter EMK art 3, all den tid vernet fordrer en fremtidsrettet risikovurdering.

Ad 2: Manglende begrunnelse

Advokatforeningen etterlyser en begrunnelse for hvorfor det å søke asyl og få avslag på realitetsbehandling, skal føre til utvisning. Utvisning er et meget inngripende vedtak, og fordrer en klar og legitim begrunnelse. Utvisning er en forvaltningsmessig pønalt reaksjon, som en utlending ilegges for å ha *overtrådt* utlendingsloven eller annen norsk lov.

Det å fremsette søknad om asyl er en rettighet som har prosessuelt og materielt vern gjennom våre internasjonale forpliktelser.

I utlendingsloven § 56 annet ledd er det dessuten særskilt presisert at selv om utlendinger som hovedregel skal ha fått innvilget oppholdstillatelse før innreise, gjelder det ingen begrensning i retten til å søke asyl etter loven § 28 eller til å påberope vern mot utsendelse etter § 73.

Det blir følgelig svært vanskelig å se at en asylsøker gjør noe rettsstridig ved å søke asyl som skal kunne kvalifisere til utvisning.

I helt spesielle tilfeller kan man se for seg at en asylsøker misbruker asylinstituttet ved stadig å søke i nye land, uten noen reell grunn. Overfor disse personene har man imidlertid andre virkemidler ved at de kan fengsles ved ankomst. Det er imidlertid ikke denne gruppen som utgjør hovedtyngden av asylsøkere som får avslag på realitetsbehandling. Siste års asylstrøm til Europa består av en stor mengde syrere. Asylsøkerne fra Syria er i sin fulle rett til å søke asyl, og de fleste av dem har et beskyttelsesbehov.

Det er meget inngripende å sende mennesker frem og tilbake over landegrensene, slik europeiske land i dag gjør med grunnlag i Dublin III avtalen, om ikke disse menneskene også skal utvises. Hvis de får avslag i Norge på realitetsbehandling, betyr ikke det at de dermed ikke har en god grunn til å søke asyl. Avslaget er av formell karakter, og innebærer i realiteten at Norge legger til grunn at asylsøkeren har søkt i feil land. Dertil kommer at norske myndigheter har myndighet til å velge, i kraft av egen suverenitet,

om man vil behandle en asylsøknad. Forvaltningspraksis viser at Norge som regel ikke tar saker til realitetsbehandling når vi ikke må, formodentlig av ressurshensyn og risiko for at en slik praksis skal bli kjent og igjen føre til økt tilstrømning.

Advokatforeningen mener etter dette at lovforslaget om utvisning ikke har noen legitim begrunnelse, slik en pønalt reaksjon som utvisning forutsetter.

Ettersom det i utgangspunktet er en rett å søke asyl, blir det en indre motstrid i regelverket dersom man samtidig skal bruke utvisning (en forvaltningsrettslig straff) som tiltak mot personer som benytter en lovbestemt og internasjonalt anerkjent rettighet.

Departementet «antar» at forslaget «*kan bidra til at færre personer uten reelt beskyttelsesbehov søker asyl i Norge*».

Advokatforeningen er ikke enig i dette, fordi det ikke er noen årsakssammenheng mellom det å avslå realitetsbehandling og samtidig utvise, og den tilsiktede virkning i form av redusert tilstrømning. Å nekte realitetsbehandling innebærer nettopp at myndighetene ikke tar stilling til om det foreligger et beskyttelsesbehov. Når norske myndigheter ikke vurderer om det foreligger et beskyttelsesbehov, kan heller ikke myndighetene påstå at disse søkerne ikke har et legitimt beskyttelsesbehov i forhold til det land eller område hvor de flyktet fra. Som påpekt er utgjør syrere et stort antall av dem som får avslag etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a eller d.

Ad 3: Kriminalisering av asylsøkere som får avslag på realitetsbehandling

Asylsøkere og flytninger har et særskilt strafferettslig vern, og kan f.eks. ikke straffes for ulovlig innreise. Dersom asylsøkere likevel risikerer å bli utvist for å ha reist inn i landet og søkt asyl, vil det innebære en kriminalisering av asylsøkere som ikke har forankring i internasjonal flyktningrett.

Med kriminalisering siktes det da for det første til at utvisning forstås som en reaksjon på et lovbrudd, og som påpekt ovenfor, vil det innebære en motstrid i regelverket om en og samme handling både er lovlig og kan sanksjoneres mot ved utvisning.

For det andre siktes det til at et vedtak om utvisning innebærer et innreiseforbud som etter norsk straffelov er straffebelagt.

Ad 4: Saksbehandling

Saker som avslås på grunnlag av realitetsbehandling etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a og d, er saker som i liten grad utredes av forvaltningen, med sikte på å avklare hvorvidt det foreligger et asylgrunnlag.

Det ligger i «sakens natur» at det ikke foretas asylintervju. Den eneste mulighet som asylsøkeren har til å gi en forklaring, er at asylsøkeren får anledning til å begrunne beskyttelsesbehovet ved den såkalte «asylregistreringen». Asylregistreringen er svært knapp, og det nedtegnes ofte noen få setninger om det som omtales som beskyttelsesbehov. Det er en hel del andre praktiske forhold som asylregistreringen omhandler, og informasjonsinnhenting er standardisert og systematisk for å kartlegge forhold som: reiserute, identitet, personalia, språk, kultur, religion, etnisk tilhørighet, familie i Norge og andre land mv.

Den saksbehandling som gjøres i forbindelse med asylsaken, vil således ikke være egnet til å opplyse saken, jf. forvaltningsloven § 17, med hensyn til om asylsøkeren er vernet mot retur etter EMK art 3, om det foreligger forhold som gjør utvisning uforholdsmessig, og om utvisning ikke bør skje av hensyn til barnets beste. Advokatforeningen kan derfor ikke se at forvaltningen vil ha tilstrekkelig grunnlag for å gjøre vurdering av slike forhold ut i fra det som fremkommer ved asylregistreringen.

Advokatforeningen vil videre påpeke at en utlending har krav på et effektivt rettsmiddel. Dette følger av EMK art 13. Det samme følger av EUs Prosedyredirektiv art 46. I dette ligger at asylsøkeren har krav på et effektivt rettsmiddel med automatisk oppsettende virkning.

Ad 5: Returdirektivet art 7 nr. 4

Departementets forslag gjelder en utlending som har fått sin asylsøknad avslått ved at realitetsbehandling er nektet etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a eller d og som ikke er gitt en utreisefrist.

Departementet synes å mene at en utvisningsadgang vil «gjennomføre forpliktelsene etter returdirektivet art 11 nr. 1 første ledd bokstav a, som fastsetter at en avgjørelse om bortvisning skal ledsages av et innreiseforbud der det ikke er fastsatt noen utreisefrist». Advokatforeningen deler ikke dette synet. Det ligger ingen forpliktelse for Norge til uten videre å utvise.

Advokatforeningen bemerker at art 11 nr 1 første ledd bokstav a gir hjemmel for at en bortvisning skal etterfølges av utvisning i tilfeller hvor det ikke er satt noen utreisefrist:

“(a) if no period for voluntary departure has been granted,”

Advokatforeningen vil samtidig understreke at bestemmelsen i art 11 første ledd ikke angir i hvilke situasjoner som utreisefrist ikke settes. Dette reguleres av Returdirektivet art 7 nr 4.

I Returdirektivet art 7 nr 4 heter det at:

“4. If there is a risk of absconding, or if an application for a legal stay has been dismissed as manifestly unfounded or fraudulent, or if the person concerned poses a risk to public policy, public security or national security, Member States may refrain from granting a period for voluntary departure, or may grant a period shorter than seven days.”

Bestemmelsen åpner for at åpenbart grunnløse («manifestly unfounded» eller «abusive») søknader kan gi grunnlag for utvisning. Returdirektivet art 7 nr 4 er gjennomført i norsk lov ved bestemmelsene i utlendingsloven § 90 femte ledd bokstav a, b og c. Bestemmelsen i art 7 nr 4 gir også hjemmel for en stat til nekte å gi utreisefrist i saker hvor det gjelder unndragelsesfare og hvor det er fare for offentlig orden eller sikkerhet.

Rettspraksis fra EU domstolen setter rammer for fortolkningen av Returdirektivet art 7 nr 4, og derved statenes myndighet til ikke å sette en utreisefrist. I avgjørelsen *Z. Zh. v Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie og Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie v I. O.* - 11. juni 2015, heter det i avsnitt 46-47.

“[...] artikel 7, stk. 4, bestemmer, at det kun er under særlige omstændigheder såsom ved risiko for den offentlige orden, at medlemsstaterne kan indrømme en frist på under syv dage for frivillig udrejse eller undlade at indrømme en sådan frist (jf. i denne retning dom El Dridi, C-61/11 PPU, EU: C:2011:268, præmis 37). Som generaladvokaten har anført i punkt 43 i forslaget til afgørelse, skal en medlemsstat, før fravigelsen i henhold til denne bestemmelse som følge af, at der foreligger en risiko for den offentlige orden, kan gøres gældende, godtgøre, at den pågældende person reelt udgør en sådan risiko.

Dernæst har artikel 7 i direktiv 2008/115, idet den bestemmer, at medlemsstaterne i princippet er forpligtet til at indrømme en frist for frivillig udrejse til tredjelandsstatsborgere med ulovligt ophold, bl.a. til formål at sikre overholdelsen af disse statsborgeres grundlæggende rettigheder i forbindelse med gennemførelsen af en afgørelse om tilbagesendelse i henhold til dette direktivs artikel 6. I henhold til artikel 79, stk. 2, TEUF er formålet med direktivet, som det fremgår af anden og ellefte betragtning hertil, at udforme en effektiv udsendelses- og repatrieringspolitik, der bygger på fælles standarder, så personer tilbagesendes på en human måde og med fuld respekt for deres grundlæggende rettigheder og værdighed (jf. dom Mahdi, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, præmis 38).”

Videre følger det av avsnitt 69-70 i ovennevnte dom at den enkelte stat ikke automatisk ved lov eller i praksis kan nekte å fastsette utreisefrist for frivillig retur. EU-domstolen slår deretter fast at stater skal foreta en individuell vurdering i hver enkelt sak og sikre at fristen er forenelig med personens grunnleggende rettigheter:

“69 Som Domstolen allerede har fastslået, følger det dernæst af retten til at blive hørt, at de kompetente nationale myndigheder, inden der træffes afgørelse om tilbagesendelse, skal sikre, at den berørte kan tilkendegive sit synspunkt om betingelserne for vedkommendes tilbagesendelse, dvs. udrejsefristen, og om tilbagesendelsen sker frivilligt eller tvunget (jf. dom Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431, præmis 51). Som det fremgår af 2., 6., 11. og 24. betragtning til direktiv 2008/115 samt af direktivets artikel 5, bør afgørelser, der vedtages efter dette direktiv, i overensstemmelse med de generelle principper i EU-retten, herunder proportionalitetsprincippet, træffes efter en konkret og individuel vurdering og under behørig hensyntagen til den pågældende persons grundlæggende rettigheder.

70 Det følger af det ovenstående, at en medlemsstat ikke automatisk lovgivningsmæssigt eller gennem praksis kan undlade at indrømme en frist for frivillig udrejse i tilfælde, hvor den pågældende person udgør en risiko for den offentlige orden. Den korrekte anvendelse af muligheden herfor i artikel 7, stk. 4, i direktiv 2008/115 kræver, at det efter en konkret og individuel vurdering bekræftes, at fraværet af en sådan frist er forenelig med denne persons grundlæggende rettigheder.”

Advokatforeningen kan ikke støtte departementets forslag til bestemmelse, som etter sitt innhold vil stride mot Returdirektivet art 7 nr 4 slik denne bestemmelsen tolkes av EU domstolen. Norges utstrakte felleseuropeiske samarbeid på asylfeltet tilsier en harmonisering med EU-retten, snarere enn det motsatte.

Ad kap. 10: Endringer i saksbehandlingsregler mv

Departementet foreslår tre endringer i saksbehandlingsreglene:

- Redusert klagefrist
- Redusert rett til fritt rettsråd
- Redusert mulighet til å få utsatt iverksettelse

Advokatforeningen kan gjennomgående ikke støtte forslagene ettersom de etter foreningens mening ikke er i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsgarantier.

Ad 10.2: Redusert klagefrist i saker som anses som «åpenbart grunnløse»

Departementet foreslår å redusere klagefristen fra 3 til 1 uke i saker som anses som “åpenbart grunnløse”.

Det fremgår at departementet mener at reduksjon av klagefristen er aktuelt for asylsaker som behandles etter “48-timersprosedyren” og “treukersprosedyren”.

For så vidt gjelder asylsøknader som fremsettes med grunnlag i “økonomiske forhold og arbeidsledighet”, og som ellers inngår i 3 ukers prosedyren, ser ikke Advokatforeningen noen betenkeligheter med å innføre en kortere klagefrist hvor asylsøkerens faktum er lagt til grunn for avgjørelsen, men hvor det rettslig sett er åpenbart at det ikke foreligger et beskyttelsesbehov.

Derimot vil en reduksjon av klagefristen være problematisk i forhold til de sakene hvor det er nødvendig med innhenting av dokumentasjon. Det vil typisk være i de sakene hvor asylsøkeren søker beskyttelse i et annet land, fordi hjemlandets myndigheter ikke har evne og vilje til å gi beskyttelse mot forfølgelse (alvorlige kriminelle handlinger) fra private. For å få beskyttelse under gitte omstendigheter skal det en del til, og det er et krav at søkeren må kunne sannsynliggjøre at han eller hun har forsøkt å få beskyttelse hos hjemlandets myndigheter; slik som f.eks. ved å inngi anmeldelse, følge opp med klage over anmeldelse osv., for å dokumentere myndighetenes manglende evne og vilje til å gi beskyttelse. I denne typen tilfeller avgjøres saken ut fra en konkret vurdering, og det hjelper da lite at vedtaksmyndigheten generelt sett mener at menneskerettighetene etterleves «på et akseptabelt nivå», og dermed inngår i 48 timers prosedyren, eller at søkeren kommer fra et land som inngår i treukersprosedyren.

For å ivareta utlendingens rettssikkerhet er det nødvendig å ha en 3 ukers klagefrist for å sikre utlendingen en mulighet for innhenting av dokumentasjon fra hjemlandet innen klagefristens utløp. Det vises til formålsbestemmelsen i utlendingsloven § 1 annet ledd, hvor det heter at loven «skal» ivareta utlendingens rettssikkerhet. Videre vises til retten til et effektivt rettsmiddel, jf EMK art 13, og formålsbestemmelsen i utlendingsloven § 1 tredje ledd, som sier at loven «skal» gi grunnlag for vern av utlendinger som har krav på beskyttelse.

Advokatforeningen kan derfor ikke støtte forslaget om redusert klagefrist i saker som gjelder «åpenbart grunnløse», hvor det er et stort dokumentasjonsbehov for å sannsynliggjøre det individuelle beskyttelsesbehovet.

Ad 10.3: Redusert rett til fritt rettsråd

Departementet foreslår å fjerne retten til fritt rettsråd i “*avvisningssaker etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav b og c*”.

Den ene sakstypen hvor retten til fritt rettsråd foreslås fjernet, gjelder de såkalte Dublinsakene (§ 32 første ledd bokstav b), hvor Dublin III forordningen er grunnlaget for at Norge kan kreve at andre land i Dublinsamarbeidet “take back” (tar tilbake) eller “take over” (overtar) ansvaret for asylsøknader som fremsettes i Norge. Den andre sakstypen er hvor avslag på realitetsbehandling gis i Norge (§ 32 første ledd bokstav c) fordi asylsøkeren kan kreves mottatt i et nordisk land etter Den nordiske passkontrolloverenskomsten.

Departementet begrunner innstramningene med:

- *“Behovet for å effektivisere saksbehandlingen i avvisningssakene”*

Departementet mener at forskriftsendringen ikke vil bryte med Norges folkerettslige forpliktelser.

Advokatforeningen deler ikke departementets syn, og vil klargjøre på hvilke punkter dette gjelder, med utgangspunkt i departementets standpunkter på side 100 i høringsbrevet:

- *“Norges internasjonale forpliktelser stiller ikke krav om adgang til fri rettshjelp uten behovsprøving i utlendingssaker.”*
 - o Advokatforeningen er uenig i departementets juridiske standpunkt.
- *“Departementet kan heller ikke se at fritt rettsråd her er påkrevd ut fra rettssikkerhetshensyn på tilsvarende vis som ved klage over avslag på asylsøknad.”*
 - o Advokatforeningen er uenig i departementets juridiske standpunkt.
- *“I avvisningssakene vil ikke avslaget innebære retur til hjemlandet, men til et tredjeland som er vurdert som trygt.”*
 - o Advokatforeningen er uenig i departementets virkelighetsforståelse, dersom departementet mener at alle land i Dublinsamarbeidet er trygge.

I tillegg mener Advokatforeningen at departementet ikke tar tilstrekkelig hensyn til at vedtak om tilbakesending er av svært inngripende karakter med sterke elementer av tvang, med formidling av personopplysninger og dokumentbevis over landegrensene, herunder behandling av fingeravtrykk og identitetsdokumenter, og sist men ikke minst ved at det bestemmes at mennesker skal sendes over landegrensene. Det kan ikke være tvilsomt at det i disse sakene er et rettshjelpbehov av stor personlig og velferdsmessig betydning for dem det gjelder og at det store flertall av de berørte personene ikke selv har økonomiske forutsetninger for å kunne vareta dette rettshjelpbehovet, jf formålsbestemmelsen i rettshjelploven § 1 første ledd. Sakenes store velferdsmessige betydning er derfor et bærende argument for at disse sakene er – og fortsatt må være – omfattet av reglene om rettshjelp uten behovsprøving.

Advokatforeningen vil under pkt. A nedenfor peke på elementer ved vedtak om tilbakesending som gjør slike vedtak svært inngripende overfor den berørte, samt understreke den sårbare situasjonen asylsøkeren er i.

A. Vedtak om “take back” eller “take over” er av svært inngripende karakter

Vedtaket om avslag på realitetsbehandling, med f eks tilbakesending til Italia (i medhold av Dublin III forordningen) eller f eks til Danmark (i medhold av passkontrolloverenskomsten) innebærer at mennesker sendes tilbake til et land som de ikke selv er statsborgere i og hvor de verken kan språket eller kulturen. Vedtaket treffes av et land som også både språklig og kulturelt er fremmed for asylsøkeren, noe som innebærer at asylsøkeren hverken er i stand til å lese vedtaket eller sette seg inn i retten til å klage på vedtaket, og langt mindre forstå hva som er relevante temaer i klageomgangen.

Tilbakesending til ansvarlandet skal etter Dublinforordningen skje i kontrollerte former, og ansvarlandet skal varsles om tilbakesending av utlendingen senest 1 uke før ankomst. Det er PU som står for denne organiserte returen, hvilket betyr at asylsøkeren først blir plukket opp av politiet på asylmottak, og deretter kanskje en kort tur innom Trandum før reisen til ansvarlandet i regi av norske myndigheter.

Mennesker – flyktninger – sendes på denne måten - hver eneste dag – frem og tilbake mellom de europeiske landene i medhold av internasjonale avtaler, med og uten tvang.

Advokatforeningen mener derfor at vedtak etter Dublin III forordningen etter sin art er et svært inngripende vedtak. Asylsøkerens ønske om å få asylsaken behandlet i vedkommende land avslås, og asylsøkeren henvises til å få sin asylsak behandlet i et land de som regel ikke har annen tilknytning til enn i form av et fingeravtrykk ved gjennomreise noen uker eller måneder tidligere. Asylsøkeren kan ha store motforestillinger mot en slik retur, enten begrunnet i tidligere traumatiske opplevelser i landet (ved å bo på gaten, matmangel, bli jaget rundt, vold fra politiet, fengsling) og/eller at ansvarlandet bryter sine internasjonale forpliktelser overfor flyktninger, slik at det ikke vil være trygt å sende vedkommende tilbake dit.

Etter internasjonal folkerett kan Norge som utgangspunkt bare sende en utlending tilbake til det land hvor vedkommende er borger av, eller til det land hvor vedkommende har oppholdstillatelse. Således er Dublin III avtalen og passkontrolloverenskomsten unntak gjort ved avtale med konkrete land.

Til sammenligning gjelder fritt rettsråd i asylsaker som gjelder spørsmål om det er trygt å returnere til hjemlandet. Den 8. desember 2015 ble utlendingsforskriften § 17-18 endret slik at retten til fritt rettsråd ble fratatt asylsøkere som kan tilbakesendes til et område hvor de har oppholdstillatelse, jf utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a og d. Selv om Advokatforeningen er kritisk til denne forskriftsendringen, er det tross alt mindre inngripende å bli tilbakesendt til et land hvor man har oppholdstillatelse, enn å bli tilbakesendt til et land som man ikke har noe kjennskap til og hvor man ikke har hatt noen tillatelse til å bo i.

Advokatforeningen vil i den forbindelse også peke på at det store antall av asylsøkere som fanges opp av Dublinsamarbeidet, er reelle flyktninger, og som i tillegg ofte bærer på traumer fra hjemlandet. Mange er hva vi anser som "sårbare" asylsøkere (vulnerable asylum seekers), jf terminologien i EU direktivene. Avslaget i Norge er et formelt avslag, og er ikke en vurdering av asylsøkerens beskyttelsesbehov.

Advokatforeningen mener derfor at et tilbakesendingsvedtak er av så vidt inngripende karakter at det er nødvendig med rettshjelp til asylsøkeren, både av hensyn til ivaretagelse av vedkommendes rettssikkerhet og for å hindre konvensjonskrenkelse, men også for at asylsøkeren skal kunne informeres på en forsvarlig måte om grunnlaget for at vedkommende sendes til et annet land hvor vedkommende hverken er statsborger eller har oppholdstillatelse.

B. Dublin III forordningens 3 hovedprinsipper

Som påpekt ovenfor, bygger vedtak om tilbakesending til et annet land i Dublinsamarbeidet på avtale; Dublin III forordningen.

Samarbeidslandenes generelle prinsipper og rettssikkerhetskrav (general principles and safeguards) er inntatt i forordningens kap II. Tre grunnleggende prinsipper er gitt i art 3.

For det første forplikter landene seg til å gi adgang til asylprosedyre, men at det bare er *ett* land innenfor territoriet av medlemsland som skal foreta en slik realitetsbehandling, jf Dublin III forordningen art 3 nr 1.

Reglene i kap III i forordningen angir ansvarsbestemmelsene i hierarkisk rekkefølge, og hva som skal til for å utløse ansvar for et land til å foreta realitetsbehandling.

For det annet er det inntatt som et grunnleggende prinsipp at dersom tilbakesending til et ansvarland i Dublinsamarbeidet vil kunne medføre en krenkelse, skal tilbakesending likevel ikke skje til dette ansvarlandet. Dette følger allerede av våre internasjonale forpliktelser, men er likevel særskilt inntatt i den nye Dublin III forordningen som partene ble enige om 26. juni 2013. Av dens art 3 nr 2 annet ledd fremgår:

“Where it is impossible to transfer an applicant to the Member State primarily designated as responsible because there are substantial grounds for believing that there are systemic flaws in the asylum procedure and in the reception conditions for applicants in that Member State, resulting in a risk of inhuman or degrading treatment within the meaning of Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the determining Member State shall continue to examine the criteria set out in Chapter III in order to establish whether another Member State can be designated as responsible.”

Bestemmelsen er en viktig påminnelse om at de enkelte medlemsstatene ikke uten videre gjennom å være en medlemsstat kan utlede at det aktuelle landet respekterer menneskerettsforpliktelsene og reglene for minstestandard for mottak og behandling av asylsøknader, nedfelt i EUs mottaks- og prosedyredirektiv. Det er kurant å operere med en generell presumsjon om at medlemslandene overholder sine forpliktelser, men så lenge det foreligger substansielle grunner til å tro at det foreligger systemisk svikt i asylprosedyrene eller mottaksforholdene i mottakerlandet, med risiko for krenkelse etter Europacharteret art 4 (svarer til EMK art 3), skal tilbakesending til det aktuelle ansvarlandet ikke skje.

Formuleringen, slik den er inntatt i art 3 nr 2, er kjent fra en storkammeravgjørelse fra EU domstolen avsagt 21. desember 2011: *N.S. and others* – C-411/10:

“European Union law precludes the application of a conclusive presumption that the Member State which Article 3(1) of Regulation No 343/2003 indicates as responsible observes the fundamental rights of the European Union.

Article 4 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union must be interpreted as meaning that the Member States, including the national courts, may not transfer an asylum

seeker to the 'Member State responsible' within the meaning of Regulation No 343/2003 where they cannot be unaware that systemic deficiencies in the asylum procedure and in the reception conditions of asylum seekers in that Member State amount to substantial grounds for believing that the asylum seeker would face a real risk of being subjected to inhuman or degrading treatment within the meaning of that provision.

Subject to the right itself to examine the application referred to in Article 3(2) of Regulation No 343/2003, the finding that it is impossible to transfer an applicant to another Member State, where that State is identified as the Member State responsible in accordance with the criteria set out in Chapter III of that regulation, entails that the Member State which should carry out that transfer must continue to examine the criteria set out in that chapter in order to establish whether one of the following criteria enables another Member State to be identified as responsible for the examination of the asylum application.

The Member State in which the asylum seeker is present must ensure that it does not worsen a situation where the fundamental rights of that applicant have been infringed by using a procedure for determining the Member State responsible which takes an unreasonable length of time. If necessary, the first mentioned Member State must itself examine the application in accordance with the procedure laid down in Article 3(2) of Regulation No 343/2003."

Medlemslandene har i løpet av høsten 2015 og frem til februar 2016 i ulik takt, men i stadig økende antall, konkludert med at det vil være en krenkelse å sende asylsøkere tilbake til Ungarn. Medlemsstatene kan ikke lenger legge til grunn at de ikke er klar over den systemiske svikten som er avdekket der, med den påfølgende risikoen for krenkelse. UNE i Norge har i løpet de siste uker endret sin praksis slik at Ungarn på det nåværende tidspunkt ikke lenger anses trygt. Asyladvokater har i lang tid anført disse forhold i forbindelse med klage på Dublinvedtak, og for øvrig også vist til at mange andre medlemsstater har konkludert med krenkelse.

For det tredje er det et grunnleggende prinsipp, fastslått i Dublin III forordningen art 3 nr 3, at ethvert medlemsland skal beholde retten til å sende en asylsøker tilbake til et trygt tredje land, så lenge det skjer i overensstemmelse med de regler og garantier som er fastsatt i EUs Prosedyredirektiv (2013/32/EU) fra 26. juni 2013:

"3. Any Member State shall retain the right to send an applicant to a safe third country, subject to the rules and safeguards laid down in Directive 2013/32/EU." (vår understrekning)

Dublinforordningen forutsetter altså at en overføring til trygt tredjeland skal skje i henhold til rettssikkerhetsgarantiene i prosedyredirektivet. Prosedyredirektivet fastslår en rekke rettigheter, både med hensyn til rettshjelp og med hensyn til retten til effektivt rettsmiddel.

Advokatforeningen tillater seg derfor å reise spørsmål ved departementets uttalelse om at en faktisk premiss for endringsforslaget er at vedtak etter Dublinforordningen skal skje til et «trygt tredjeland». Det er en regel, men ikke et faktum.

Hvorvidt et land er trygt, er kjernen i problemstillingen, og som vi i dagens Europa har sett ikke trenger å være tilfellet. Land som vi ellers sammenligner oss med, har blitt dømt i EMD for tilbakesending av flyktninger og asylsøkere til f eks Hellas (*M.S.S v Belgium and Greece*), og EMD har i en periode avsagt

Rule 39 (midlertidig forføyning) avgjørelser som i en periode har hindret tilbakesending til Italia.

At Dublin III forordningen også har inntatt en særskilt bestemmelse i art 3 nr 2 om systemisk svikt, er også en anerkjennelse av at landenes forpliktelse i Dublinsamarbeidet ikke trenger å bety det samme som at landet er trygt å sende tilbake til.

Advokatforeningen mener det derfor at asylsøkere som får avslag etter Dublin III forordningen, fortsatt må ha krav på fri rettshjelp uten behovsprøving. Advokatforeningen vil i den forbindelse også ta opp at man i de siste årene har tatt opp med departementet, både skriftlig og muntlig i møter, at stykkprisforskriftens begrensning til rettsråd i 2 timer i Dublinsakene er for lite, og representerer ikke den gjennomsnittlige timebruket hos advokater i disse sakene, noe som stykkprisen er ment å bygge på. Dublinsakene er kompliserte, og krever at advokaten følger med på utviklingen i våre samarbeidsland, både faktisk og rettslig. Samtidig må asyladvokatene følge med på utviklingen i EU domstolen, som er toneangivende for forståelsen av Dublin III forordningen og prosedyredirektivet. I tillegg er EMDs praksis førende for vurderingen etter EMK art 3. De siste årene har det blitt et stadig større samspill mellom EU-domstolen og EMD, slik at EMD viser til avgjørelser fra EU-domstolen og vice versa. Norge kan derfor ikke med noen tyngde vise til at avgjørelser fra EU-domstolen ikke er rettslig bindende for Norge, fordi gjennom Dublinregelverket allerede har forpliktet oss til å følge prosedyredirektivet, og på grunn av det interaktive samspillet vi ser på asylfeltet mellom avgjørelser fra EU-domstolen og EMD.

C. Rettsregler om fri rettshjelp i Dublin III forordning, EU Charteret og Prosedyredirektivet

I fortalen art 19 til Dublin III forordningen er det pekt på hensynet til rettssikkerhet, retten til et effektivt rettsmiddel og at medlemsstatene overholder sine menneskerettslige forpliktelser, og at dette bør skje i overensstemmelse spesielt i henhold til EU charterets art 47.

Fortalen til Dublin III forordningen art 19 lyder:

“(19) In order to guarantee effective protection of the rights of the persons concerned, legal safeguards and the right to an effective remedy in respect of decisions regarding transfers to the Member State responsible should be established, in accordance, in particular, with Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In order to ensure that international law is respected, an effective remedy against such decisions should cover both the examination of the application of this Regulation and of the legal and factual situation in the Member State to which the applicant is transferred.” (våre understrekninger)

Av EUs Menneskeretts Charter fremgår av art 47:

“Right to an effective remedy and to a fair trial

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law. Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources in so far as such aid is necessary to ensure effective access to justice.” (våre understrekninger)

Europadomstolen har tolket disse reglene, og konkludert med at retten til et effektivt rettsmiddel “before a tribunal” og tilgang til “legal aid” er et grunnleggende prinsipp i EU-retten og derved rettslig bindende, jf C-222/784, *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, fra 1986. I avgjørelsen avsnitt 18 heter det:

“18. The requirement of judicial control stipulated by that article reflects a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States. That principle is also laid down in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950. As the European Parliament, Council and Commission recognized in their Joint Declaration of 5 April 1977 (Official Journal C 103, p. 1) and as the Court has recognized in its decisions, the principles on which that Convention is based must be taken into consideration in Community law.”

Av senere avgjørelser fra EU-domstolen vises til C-279/09, *DEB v Bundesrepublik Deutschland* fra 2010, som omhandler retten til rettshjelp i EU-retten. Prinsippene finner anvendelse i alle saker som omhandler retten til rettshjelp garantert i artikkel 47 i EUs Charter om grunnleggende rettigheter. I denne dommen viser EU-domstolen til relevante prinsipper etablert av EMD.

Bestemmelsen om rett til rettshjelp for personer uten ressurser i EU Charteret art 47, som Dublin III forordningen viser til i fortalen art 19, er også gjentatt i fortalen art 39:

“39. In particular, this Regulation seeks to ensure full observance of the right to asylum guaranteed by Article 18 of the Charter as well as the rights recognised under Articles 1, 4, 7, 24 and 47 thereof. This Regulation should therefore be applied accordingly.”

Av bestemmelsen i Dublin III art 27 nr 5, følger det uttrykkelig at medlemsstatene skal sikre at en asylsøker har adgang til rettshjelp:

“5. Member States shall ensure that the person concerned has access to legal assistance and, where necessary, to linguistic assistance.”

Videre følger det av art 27 nr 6 at medlemsstaten skal sikre fri rettshjelp hvor utlendingen selv ikke kan bekoste utgiftene til advokat:

“6. Member States shall ensure that legal assistance is granted on request free of charge where the person concerned cannot afford the costs involved.”

Departementet peker i høringsbrevet på at bestemmelsen i art 27 åpner for å innskrenke adgangen til fri rettshjelp i Dublin saker etter behovsprøving hvor det fremstår som åpenbart at det ikke er noen utsikt til at en klage vil føre frem.

Advokatforeningen vil peke på at bestemmelsene i fortalen art 19 og bestemmelsen i art 27 nr. 6 virker indre motstridende, og forholdet mellom dem er ikke rettslig avklart.

Advokatforeningen mener under enhver omstendighet at det i lys av Dublinsakenes kompleksitet og

vedtakenes inngripende karakter vil være problematisk å fjerne rettshjelp i disse sakene, uten å komme i konflikt med retten til et effektivt rettsmiddel.

Det er flere grunnlag for unntak fra tilbakesending enn at tredjelandet fremstår som trygt, f.eks. kan det være individuelle forhold som danner grunnlag for krenkelse, slik som i saker om menneskehandel eller saker som gjelder syke og sårbare asylsøkere. Retten til advokatbistand ved klage må derfor anses som en viktig del av retten til et effektivt rettsmiddel for vedtak som innebærer å sende mennesker over landegrensene til land de ikke er borgere av eller har oppholdstillatelse i.

I den forbindelse vises også til en sak fra EMD, *Airey v. Ireland*, hvor domstolen slo fast at stater er forpliktet etter EMK artikkel 6 til å gi fri rettshjelp i sivile saker "by reason of the complexity of the procedure or of the case".

Advokatforeningen vil videre peke på at et fravær av fri rettshjelp i Dublinsakene vil kunne gjøre at denne sakstypen kan klages direkte inn for EMD, uten å gå veien gjennom å uttømme statlige rettsmidler, fordi asylsøkeren ikke blir ansett for å ha noen reell tilgang til denne prosedyren.

EMD har allerede i flere saker mot Norge vist til at den manglende adgangen til fri sakførsel for domstolen i utlendingssaker, gjør at EMD mer enn har antydning at asylsøkeren derved må anses å ha uttømt statlige rettsmidler, og derved oppfyller kravet om å få saken til realitetsbehandling.

Ad 10.4: Redusert rett til å få utsatt iverksettelse

Departementet foreslår å gi redusert rett til å få utsatt iverksettelse i saker etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a, c og d skal iverksettes straks.

Advokatforeningen kan ikke støtte forslaget fordi det kommer i konflikt med retten til et effektivt rettsmiddel, jf EMK art 13.

EMD kom til at det forelå en krenkelse etter art 13 i M.S.S-dommen. Det vises til domstolens vurderinger under avsnitt 372:

"372. Secondly, the case had been scheduled for examination only one hour after the application was lodged, preventing the applicant's lawyer, whose office was 130 km away from the office of the Aliens Appeals Board, from attending the hearing. According to the applicant, his counsel had had no practical means of having himself represented because it was not the task of the permanent assistance service of the "Aliens" section of the legal aid office to replace in an emergency lawyers who could not attend a hearing. In support of this affirmation he adduced a note written by the President of the section concerned. The applicant further submitted that as his departure was not imminent but scheduled for 27 May 2009, his request might well have been rejected anyway because there was no urgency."

Og videre heter det i avsnitt 389 og 390:

"389. However, the extremely urgent procedure leads precisely to that result. The Government themselves explain that this procedure reduces the rights of the defence and the examination of the case to a minimum. The judgments of which the Court is aware (see paragraphs 144 and

148 above) confirm that the examination of the complaints under Article 3 carried out by certain divisions of the Aliens Appeals Board at the time of the applicant's expulsion was not thorough. They limited their examination to verifying whether the persons concerned had produced concrete proof of the irreparable nature of the damage that might result from the alleged potential violation of Article 3, thereby increasing the burden of proof to such an extent as to hinder the examination on the merits of the alleged risk of a violation. Furthermore, even if the individuals concerned did attempt to add more material to their files along these lines after their interviews with the Aliens Office, the Aliens Appeals Board did not always take that material into account. The persons concerned were thus prevented from establishing the arguable nature of their complaints under Article 3 of the Convention.

390. The Court concludes that the procedure for applying for a stay of execution under the extremely urgent procedure does not meet the requirements of Article 13 of the Convention. I saken *I.M v France*, kom EMD enstemmig til at franske myndigheter hadde krenket EMK art 13 sammenholdt med art 3, da franske myndigheter ikke hadde gitt oppsettende virkning.”

Klageren hadde fått 48 timer til å forberede sin klage, og en slik frist var ifølge domstolen ekstremt kort.

Advokatforeningen mener at disse dommene og foreliggende rettspraksis for EMD viser at en nektelse av adgang til å gi utsatt iverksetting kan føre til krenkelser i strid med EMK art 13.

Ad kap. 11: Identitetsavklaring – biometri

Advokatforeningen er positiv til lovforslaget som vil sikre økt bruk av lagring av biometriske data. Det er i samfunnets interesse at identitetskontroll og identitetsavklaring er best mulig slik at mulighetene for misbruk reduseres. Advokatforeningen kan ikke se at det foreligger hensyn som tilsier et vern for utlendinger som forsøker å opptre med uriktig identitet eller flere identiteter i Norge eller Europa. Forslaget vil også medføre at asylsøkere vil bli møtt med mindre tvil rundt identitet og dermed føre til økt troverdighet for asylsøkere og andre utlendinger som søker tillatelse i Norge.

Advokatforeningens merknader til kapittel 11 i høringsforslaget medfører ingen forslag til endringer i utlendingslov- eller forskrift.

Ad 11.5. Nærmere om høringsforslaget - utvidet adgang til opptak og lagring av biometri

Ad 11.5.1 Behovet for kontroll med utlendingers identitet mv.

Advokatforeningen er kritisk til at en utvidelse av lagring av fingeravtrykk i et register vil medføre at utlendingen ikke vil måtte møte opp på nytt for opptak av fingeravtrykk i de tilfeller hvor søknad om oppholdstillatelse blir innvilget. Utlendingen vil som hovedregel pålegges å møte personlig på en utenriksstasjon for innstempling av innreisevisa samt eventuell verifisering av utlendingens reisedokument og andre underliggende identitetsdokumenter.

Ad 11.5.2 Departementets forslag og vurdering

Advokatforeningen slutter seg til departementet regeltekniske forslag hvor utlendingsloven angir i hvilke tilfeller det *kan* opptas og lagres biometri, mens utlendingsforskriften regulerer når det *skal* opptas og

lagres biometri.

Advokatforeningen er enig i departementets vurdering om at formålet med utvidet opptak og lagring av biometri i utlendingsloven er saklig begrunnet og således ikke i strid med de personvernrettslige prinsippene i personopplysningsloven og kravene etter EMK art 8.

Advokatforening er positiv til at skal tas fingeravtrykk av alle som søker oppholdstillatelse etter loven. Advokatforeningen er videre enig i at gis adgang til å sammenligne utlendinger som har søkt om oppholdstillatelse i Norge, med VIS-databasen for å avdekke om utlendingen eventuelt har søkt om visum på annen identitet.

Ad 11.6.1.2 Sletting av fingeravtrykk når personen har oppholdstillatelse

Advokatforeningen er enig i at tidspunktet for sletting av identitetsopplysninger endres fra dagens ordning (midlertidig oppholdstillatelse) og til norsk statsborgerskap innvilges, eventuelt 10 år etter første søknad.

11.6.1.4 Sletting i visumsaker

Advokatforeningen er enig i at lagringstiden for sletting av informasjon utvides fra 5 til 10 år. Behovet for å hindre misbruk av identitet og annen samfunnssikkerhet er avgjørende. For den enkelte utlending kan det ikke sies å være et spesielt inngripende tiltak at identitetsopplysningene lagres i 10 istedenfor i 5 år. Advokatforeningen forutsetter at de datatekniske systemene er så sikre at myndighetene i utlendingens hjemland ikke gis anledning til å innhente informasjon om egne lands borgere i registrene da dette kan tenkes å sette utlendingens liv i fare i hjemlandet.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude Molvik
tm@advokatforeningen.no