



UTLENDINGSNEMNDA
UNE

Justis- og beredskapsdepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Deres referanse
15/8555

Vår referanse
15/00937-2

Dato
09.02.2016

Høring - Endringer i utlendingsloven - Innstramninger II

1. Innledning

Utlendingsnemnda (UNE) viser til høringsnotat 29.desember 2015.

UNEs rolle som klageorgan innebærer tilbakeholdenhet når det gjelder rettspolitiske spørsmål som reiser seg ved departementets fremleggelse av forslag til innstramninger på innvandringsfeltet. Det er lovgiveren som må foreta den konkrete avveiningen mellom på den ene side rettssikkerhet og rettigheter, og på den annen side andre hensyn, slik som antatt effektivitet og signalthensyn.

De foreslåtte regelendringene utfordrer i noen grad grensen mot våre menneskerettslige forpliktelser og andre konvensjonsforpliktelser, og gjør også endringer i rettigheter og forventninger som er basert på tidligere regelverk og praksis.

Grensen for lovgiverens handlingsrom kan på denne bakgrunnen være vanskelig å trekke, og for beslutningstakerne i UNE, som senere må ta konkret stilling til disse forpliktelsene og rettighetsforventningene i hver enkelt sak, jf. utlendingsloven § 3 og menneskerettsloven § 3, vil utfordringene kunne bli krevende i en overgangsperiode. Hvis grensene for lovgivers handlingsrom blir utfordret, vil flere saker kunne reise vesentlige tvilsspørsmål knyttet til rekkevidden av konvensjonsforpliktelser som Norge er bundet av. UNE kan imidlertid ikke nå, i forkant av at våre beslutningstakere får enkeltsaker til behandling, uttale noe sikkert om hvor ofte de vil finne slike vesentlige tvilsspørsmål og hvor krevende de da vil bli vurdert å være.

2. Høringsnotatet kapittel 4. Endring av visumfrihet for asylsøkere mv.

I en normalsituasjon vil det ikke være grensekontroll mellom Schengen-landene. Det vil derfor sjelden bli oppdaget at en utlending reiser inn i Norge uten visum før han allerede er innreist. Visumkravet vil derimot være det objektive vilkåret for bortvisning. UNE viser her til det som er sagt under pkt. 3 om beslutninger om bortvisning og internasjonale forpliktelser. Forslaget til endret § 9 i utlendingsloven vil, slik UNE forstår det, få mest praktisk betydning når en utlending kommer på Schengens ytre grenser og søker asyl, men søknaden blir nektet realitetsbehandlet etter utlendingsloven § 32.

UTLENDINGSNEMNDA

Besøksadresse: Stenersgata 1 B/C
Postboks 8165 Dep. 0034 Oslo

Tlf: 21 08 50 00 Faks: 21 08 50 01
Internett: <http://www.une.no>

Org.nr: 9820 19095
Bank: 7694.05.02302

3. Høringsnotatet kapittel 5. Mulighet for bortvisning på grense mot nordisk nabostat

3.1 Generelle kommentarer til kapittel 5 i høringsnotatet

UNE har forståelse for at departementet foreslår regler som kan gjøre det praktisk mulig for et lite land å håndtere masseankomster av asylsøkere. Skriftlighet, begrunnelse og klageadgang er imidlertid grunnleggende faktorer i forvaltningspraksis på utlendingsfeltet. Departementet bør nøye vurdere om rettssikkerhetsgarantier er tilstrekkelig ivaretatt for gruppen som omfattes av forslaget til nytt annet ledd i utlendingsloven § 32. Dette er i alle fall blant de spørsmål departementet må vurdere før det eventuelt blir truffet en beslutning om å nekte realitetsbehandling av enkelte asylsøknader.

Departementet bør også vurdere nærmere hvordan forslaget til § 32 nytt annet ledd står seg i forhold til Norges folkerettslige forpliktelser. Vi viser til gjennomgangen nedenfor. Under enhver omstendighet bør avgjørelsen om å nekte realitetsbehandling og avgjørelsen av bortvisning registreres i DUF, og den bør være skriftlig. Tidligere beslutninger og vedtak er en del av utlendingens historikk, og nyttig å se hen til ved senere saker for utlendingsforvaltningen.

Det fremgår ikke av høringsnotatet om departementet har vurdert om en *beslutning* er tilstrekkelig tvangsgrunnlag etter utlendingsloven. Utlendingsloven § 90 om iverksettelse synes å forutsette at det er fattet vedtak. Vi viser til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 277 om rettslig grunnlag for bruk av tvangsmidler, og proposisjonen punkt 17.4 om ansvarliggjøring av transportør.

UNE stiller for øvrig spørsmål ved hvorfor det skal være lavere krav til saksbehandlingen når utlending kommer til grensen for å søke beskyttelse, enn når han har til hensikt å reise inn i Norge av andre grunner.

3.2 Utlendingsloven § 32 nytt annet ledd

Rekkevidden av forslaget til bestemmelse i utlendingsloven § 32 nytt annet ledd første punktum fremstår for oss noe uklar. Forslaget går ut på at «departementet kan beslutte at søknader om oppholdstillatelse etter § 28 skal nektes realitetsbehandlet dersom søkeren ankommer direkte fra et nordisk naboland.» Både ordlyden i forslaget, og mesteparten av teksten i pkt. 5.4.2 i høringsnotatet, tilsier at det er tilstrekkelig til å kunne nekte realitetsbehandling at søkeren kommer til Norges grense fra et nordisk naboland, uten å ha noen bestemt tilknytning til dette landet. Men i begrunnelsen for forslaget viser departementet blant annet til at det «etter departementets syn [vil] være svært sjeldent at en person som har *tilhold* i et av våre nordiske naboland vil ha et beskyttelsesbehov» (vår utheving). Hvis det skal være et vilkår for å nekte realitetsbehandling at søkeren har «tilhold» i et nordisk naboland, og ikke bare ankommer Norge direkte fra et slikt land, bør det presiseres uttrykkelig i lovteksten. I så fall bør departementet også forklare nærmere hva som skal ligge i at søkeren har «tilhold» i det nordiske nabolandet.

Det kan også være en fordel om departementet sier noe om hvorvidt personer som har vært i transitt i et nordisk naboland vil være omfattet av forslaget til nytt annet ledd i utlendingsloven § 32.

Departementet skriver i høringsnotatet pkt. 5.4.2 at bestemmelsen i utlendingsloven § 32 nytt annet ledd «forutsettes anvendt i tilfeller der det er unormalt stor tilstrømming av asylsøkere over kortere og lengere tid», og «at [det] anses som hensiktsmessig at en slik regel ikke gis permanent virkning, men kan besluttes av departementet ved særskilt behov.» Disse forutsetningene bør komme til uttrykk i lovteksten, for eksempel slik:

«I *særlige tilfeller* kan departementet i en *situasjon med masseankomster midlertidig* beslutte at søknader om oppholdstillatelse etter § 28 skal nektes realitetsbehandlet dersom søkeren ankommer direkte fra et nordisk naboland.»

Det står også i høringsnotatet pkt. 5.4.2: «Det vil etter departementets syn være svært sjeldent at en person som har tilhold i et av våre nordiske naboland vil ha et beskyttelsesbehov. Dersom tvilstilfeller skulle oppstå vil saken kunne overføres til UDI for vurdering.» UNE mener at det i så fall bør fremgå klart av lovteksten at

kompetansen til en polititjenestemann må begrenses til utvilsomme eller åpenbare saker. Det fremgår ikke om departementet mener at også UDIs avgjørelse i denne type tilfeller «ikke [vil] være et vedtak som kan påklages.» Dette bør klargjøres. Tvilsomme saker som behandles av Utlendingsdirektoratet (UDI), bør kunne påklages til UNE ved avslag.

Av informasjonshensyn kan det være en fordel om det blir sagt uttrykkelig i loven at politiets beslutninger om bortvisning etter utlendingsloven § 18 nytt tredje ledd, og om å nekte å realitetsbehandle søknader om beskyttelse etter utlendingsloven § 32 nytt annet ledd annet punktum, ikke kan påklages. Dette kan for eksempel gjøres i utlendingsloven § 76 første ledd nytt tredje punktum.

UNE mener også at det bør gå klart frem av regelverket at en beslutning om ikke å realitetsbehandle en sak må skriftliggjøres og føres inn i datasystemet DUF. Etter UNEs er mening er dette nødvendig for en forsvarlig forvaltning, jf. blant annet prinsippet om god forvaltningsskikk.

Det står i høringsnotatet pkt. 5.4.2 at «departementet anser det som klart at bortvisning til et nordisk naboland, ikke vil komme i konflikt med våre internasjonale forpliktelser». UNE mener at man ikke på generelt grunnlag kan se bort fra at vedtak om bortvisning til et nordisk naboland i enkelte tilfeller, nå eller i fremtiden, vil kunne være i konflikt med utlendingsloven § 73, jf. § 3, jf. for øvrig også menneskerettsloven § 3.

For øvrig viser vi til det som er sagt nedenfor om internasjonale forpliktelser, se pkt. 3.5.

3.3 Betydningen av gjeldende annet ledd i utlendingsloven § 32 ved innføring av nytt annet ledd

Departementet har ikke foreslått endringer i ordlyden i utlendingsloven § 32 annet ledd, men har flyttet annet ledd til et nytt tredje ledd. Departementet har samtidig foreslått et nytt annet ledd som et selvstendig grunnlag for å nekte realitetsbehandling. Slik UNE forstår departementet, kommer ikke någjeldende annet ledd om «tilknytning til riket» til anvendelse i saker der departementet har besluttet ikke å realitetsbehandle visse asylsøknader. Slik nektelse skal nemlig basere seg på lett konstaterbare kriterier. UNE mener at denne tilnærmingen er problematisk, se pkt. 3.5 om internasjonale forpliktelser.

Dersom departementet kommer til at spørsmål om «tilknytning til riket» skal vurderes i saker der departementet har truffet en beslutning om anvendelse av utlendingsloven § 32 nytt annet ledd, bør ordlyden i dagens annet ledd endres. Leddet viser jo bare til første ledd. UNE stiller i forlengelsen av dette spørsmål ved om ikke kompetansen til å vurdere «tilknytning til riket» heller bør legges til UDI enn politiet, eventuelt med UNE som klageinstans.

3.4 Endring av utlendingsloven § 18 første ledd annet punktum og nytt tredje ledd

Ordlyden «når han har beslutningsmyndighet til å nekte realitetsbehandling av søknader» i utlendingsloven § 18 nytt tredje ledd er noe uklar. Etter UNEs syn bør bestemmelsen vise til beslutningen som er fattet om å nekte realitetsbehandling i medhold av § 32 nytt annet ledd. Eventuelt bør begrepet «søknader» endres til bestemt form «søknaden» for å tydeliggjøre at det gjelder den konkrete saken. Departementets forslag kan forstås som om myndighet til å bortvise er knyttet til departementets generelle beslutning om å overføre myndighet til en polititjenestemann.

Det står på s. 32 i høringsnotatet: «Departementet legger til grunn at polititjenestemannens beslutning etter den foreslåtte endringen ikke vil kunne påklages. Imidlertid legger departementet til grunn at det i tilfeller hvor det er grunnlag for tvil om innreise likevel skal tillates, bør ansvarlig jurist i politiet kontaktes for avklaring.» Uttalelsen kan tolkes dithen at en polititjenestemann skal kunne foreta en rimelighetsvurdering av om bortvisningsadgangen skal benyttes. UNE antar at det her er meningen at tjenestemannen bare skal kunne vurdere om det foreligger hinder for å anvende bortvisningsadgangen eller om bortvisning for øvrig bør unnlates for eksempel fordi det kan være aktuelt å utstede nødvisum (se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 277), og at en politijurist bør kontaktes ved tvil om så er tilfellet. Dersom det er meningen at en polititjenestemann skal kunne foreta en rimelighetsvurdering, kan det være en fordel å presisere det.

Slik UNE forstår forslaget, vil saker hvor det er tvil om en søknad skal tas til realitetsbehandling bli overført til UDI, og politiets kompetanse til å bortvise bortfaller. Dette vil uansett være en mer rettssikker ordning, som bør fremgå av lovteksten.

For øvrig vil endringer i utlendingsloven § 18 første ledd og nytt tredje ledd tilsa at det blir gjort endringer i utlendingsforskriften kapittel 5 om bortvisning. Hele kapittel 5 i utlendingsforskriften forutsetter at det fattes *vedtak* om bortvisning, og ordlyden i bestemmelsene treffer derfor ikke de tilfellene hvor polititjenestemann gis myndighet til å fatte *beslutning* om bortvisning. Videre bør overskriften til utlendingsloven § 18 endres, slik at det fremgår klart at bortvisning kan fattes i form av både beslutning og vedtak.

3.5 Internasjonale forpliktelser

Det foreligger flere folkerettslige forpliktelser som departementet bør vurdere før de foreslåtte endringene i utlendingsloven §§ 18 og 32 blir forelagt Stortinget. Nedenfor viser UNE til de mest sentrale konvensjonene.

3.5.1 Grenseforordningen

UNE stiller for det første spørsmål ved om innføring av en beslutning uten krav til begrunnelse og klageadgang er i tråd med våre internasjonale forpliktelser. Vi viser blant annet til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 277 første spalte. Utlendingslovutvalget foreslo i NOU 2004: 20 at polititjenestemann skulle kunne treffe vedtak om bortvisning i visse tilfeller, og at det i disse tilfellene skulle gjelde unntak fra forvaltningslovens regler om skriftlig begrunnelsesplikt og klageadgang (se proposisjonen side 276 annen spalte). Departementet støttet forslaget om at polititjenestemann skulle kunne treffe vedtak, men ikke forslaget om unntak fra reglene om skriftlig begrunnelsesplikt og klageadgang. Med henvisning til grenseforordningen artikkel 13 nr. 2 og 3 uttalte departementet at «Norge er [] folkerettslig forpliktet til å ha regler om at vedtak om bortvisning skal begrunnes skriftlig og kunne påklages.»

3.5.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

Departementet bør vurdere om EMK stiller formkrav og krav om at beslutninger/vedtak gir en rett til klage, jf. retten til effektivt rettsmiddel i artikkel 13. UNE viser også til EMK artikkel 8 og betydningen av muligheten for å angripe et vedtak. Dette er omtalt i høringsnotatet på side 105-106. Endringene som foreslås i utlendingsloven §§ 18 og 32 bør vurderes opp mot det som står på side 105-106 i høringsnotatet.

3.5.3 FNs barnekonvensjon og Grunnloven § 104

Både barnekonvensjonen og Grunnloven § 104 tilsier at saker som berører barn bør unntas fra de foreslåtte bestemmelsene, eller i alle fall ikke blir omfattet av en polititjenestemanns vedtakskompetanse for det tilfellet at utlendingsloven § 32 nytt annet ledd blir vedtatt som foreslått, og departementet senere delegerer myndighet i henhold til bestemmelsen. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i handlinger og avgjørelser som vedkommer barnet. Dette gjelder også bortvisninger og avgjørelser om ikke å realitetsbehandle en asylsøknad. UNE mener at vurderinger av barnets beste bør ligge til UDI som første instans, med UNE som klageinstans. Vurderinger som gjelder eller berører barn bør dessuten være skriftlige, og fremgå av enkeltvedtak med de kravene til begrunnelse som i dag følger av utlendingsloven og forvaltningsloven.

3.5.4 Dublin III-forordningen

UNE stiller spørsmål ved om det foreligger avtalebestemmelser som gir grunnlag for å fravike anvendelsen av Dublin III-forordningen uten nærmere avtale mellom avtalepartene, og hvor langt den nordiske passoverenskomsten her strekker seg. Vi viser i denne sammenheng til Dublin III-forordningens fortale punkt 28 og rammene for bilaterale avtaler som kan inngås.

Departementet bør vurdere om forslagene til nye bestemmelser vil være i strid med eller til hinder for Dublin III-forordningen og rettsaktene og prinsippene bak den, jf. artikkel 11 nr. 3 i tilknytningsavtalen til Dublin-forordningen. Departementet bør også vurdere om Dublin III-forordningens bestemmelser om enslige mindreårige asylsøkere, familiens enhet m.m. kan fravikes uten nærmere avtale.

3.5.5 FNs konvensjon mot grenseoverskridende organisert kriminalitet og Palermoprotokollen

De nordiske landene er bundet av FNs konvensjon 15. november 2000 mot grenseoverskridende organisert kriminalitet og tilleggsprotokollen for å forebygge, bekjempe og straffe handel med mennesker (Palermo-protokollen), og Europarådets konvensjon 3. mai 2005 om tiltak mot menneskehandel (Europarådskonvensjonen). Norske myndigheter har en selvstendig plikt til å gjennomføre en identifiseringsprosedyre og påse at vedkommende får bistand dersom det er rimelig grunn til å tro at en person er offer for menneskehandel. I de tilfeller norske myndigheter oppdager dette, skal personen ikke måtte forlate statens territorium før identifiseringsprosedyren er gjennomført. Det skal som hovedregel gjennomføres en samtale med søkeren for å legge til rette for identifisering i form av et asylintervju eller tilleggsintervju, og vedkommende skal også få informasjon om sine rettigheter. Vi viser også til punkt 6 i fortalen til grenseforordningen, hvor det blant annet fremgår at grensekontroll bør bidra til å bekjempe menneskehandel. Disse konvensjonsforpliktelsene bør vurderes nærmere før departementets forslag blir forelagt Stortinget.

4. Høringsnotatet kapittel 6. Endring i reglene om beskyttelse

4.1 Klargjøring av bevis- og risikokrav ved vurderinger av beskyttelsesbehov

4.1.1 Formål og bakgrunn

Departementet viser til at formålet med forslaget til forskriftsregulering av bevis- og risikokrav skal være en klargjøring av dagens praksis. Departementet viser til at forarbeidende til gjeldende utlendingslov er uklare, og har medvirket til at det i praksis stilles andre og mer gunstige krav enn hva som følger av Norges internasjonale forpliktelser.

Vi har forståelse for at departementet ønsker å forskriftsfeste beviskravet. Også UNE har merket seg at det i noen underrettsavgjørelser er brukt formuleringer som kan indikere at domstolen har anvendt en lavere terskel for bevis- og risikokrav enn det internasjonale forpliktelsene pålegger oss som et minimum. Dette har likevel ikke medført at UNE har senket bevis- og risikokravene, idet formuleringene det er vist til ikke er tolket så bokstavelig. For UNEs del har ikke gjeldende regelverk og forarbeider knyttet til bevis- og risikokravene skapt vesentlige uklarheter, selv om bevis- og risikovurderinger kan være krevende i praksis og ulike formuleringer kan ha vært brukt.

Departementet har med sine forslag innført flere nye begreper og vurderingsnormer som for UNE ikke har et klart innhold, og som gir rom for nye tolkningsspørsmål. UNE er derfor usikker på om de rettslige rammene som er foreslått totalt sett vil skape mer klarhet med hensyn til hvordan kravene til bevis og risiko skal forstås. UNE forstår imidlertid forslaget til regulering av beviskravet for faktum som en innstramming ved at terskelen høynes fra «noenlunde sannsynlig» til «sannsynlig». Dette vil kunne lede til flere avslag, fordi asylforklaringen ikke kan legges til grunn for den rettslige vurderingen.

Når det gjelder forslaget til regulering av risikokrav, har departementet vist til at utgangspunktene i gjeldende rett må videreføres. Forslaget til ordlyd her kan likevel forstås som en klar innstramming. Videre kan forslaget til ordlyd for beviskravet for identitet forstås som et senket krav i forhold til gjeldende praksis. Vi kommer tilbake til dette.

Hensynet til et klarere regelverk tilsier at departementet tydeliggjør hva som er ment.

4.1.2 Bevisbyrde

UNE forstår departementet slik at forslaget til ny forskriftsbestemmelse § 7-3 første ledd og annet ledd ikke er ment å innebære at søkeren blir pålagt en strengere bevisbyrde enn etter dagens praksis og regelverk.

Til henvisningen i første ledd annet punktum om at saken skal være tilstrekkelig opplyst i samsvar med «folkerettslige regler», viser departementet også til at bevisbyrden er delt mellom utlendingen og staten. Med hensyn til å klargjøre reglene kan dette, etter UNEs vurdering, med fordel synliggjøres i ordlyden. Kun en henvisning til folkerettslige regler er ikke tilstrekkelig klargjørende.

Forslaget om at det kan «ses hen til erfaringer med sammenlignbare saker», er i tråd med gjeldende praksis. Blant annet er dette gjort i konvertitt- og sur place-saker.

UNE savner for øvrig at departementet sier noe om betydningen av barnekonvensjonen og Grunnloven § 104. Gjeldende utlendingslov § 28 tredje ledd om at det skal tas hensyn til om søkeren er barn, er ikke videreført i forslaget til ny §§ 28 og 28 a. Det fremgår ikke av høringsnotatet hva som er begrunnelsen for dette. Bestemmelsen i gjeldende lov § 28 tredje ledd ble tatt inn i loven for å sikre en barnesensitiv anvendelse av beskyttelsesbestemmelsene. Vi viser til departementets uttalelser i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 92 og 414.

4.1.3 Kravet til bevis for faktum

UNEs forståelse av gjeldende rett er at det senkede beviskravet – «noenlunde sannsynlig» – først kommer til anvendelse når asylsøkeren har medvirket til å opplyse saken så langt det er rimelig og mulig. Forslaget til at forklaringen skal legges til grunn når den er «sannsynlig» (dvs. like sannsynlig som ikke sannsynlig) synes å innebære en heving av bevisterskelen sammenlignet med dagens praksis. Begrepet «sannsynlig» har imidlertid ikke en innarbeidet tolkning i praksis, og departementets definisjon kan med fordel tas inn i forskriften. UNE har i praksis ofte brukt begrepet «tilstrekkelig sannsynliggjort» for å tydeliggjøre at kravet ikke er sannsynlighetsovervekt.

UNE forstår forslaget slik at i de tilfeller der søkeren ikke har bidratt til å opplyse saken i tråd med kravene i utlendingsforskriften ny § 7-3 tredje ledd bokstav a-e, vil det inntre et høyere krav til sannsynliggjøring enn sannsynlighetslikevekt. Hvor høyt denne terskelen skal ligge, er ikke kommentert i høringsnotatet. UNE antar likevel at det er hovedregelen i norsk sivilrett som da skal gjelde, dvs. et krav om sannsynlighetsovervekt. Forvaltningen skal altså bygge avgjørelsen på det faktum som er mest sannsynlig.

Punktene i forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 tredje ledd bokstav a til c er momenter som i praksis har hatt betydning i den samlede vurderingen av hvorvidt forklaringen/faktum er lagt til grunn for den videre rettslige vurderingen. Også vurderingen av utlendingens identitet kan ha betydning for om (resten av) forklaringen kan legges til grunn eller anses generelt troverdig. I saker der UNE ikke kan konkludere mht. hvem søkeren er, herunder nasjonalitet og opprinnelse, vil dette kunne lede til avslag, uten at asylansøkerne er nærmere behandlet.

Sammenhengen mellom identitets- og faktavurderingen for øvrig, kunne ha vært klarere og tydeliggjort i forskriften. UNE har merket seg at den generelle troverdigheten av utlendingens forklaring er et eget moment i identitetsvurderingen, jf. forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 a tredje ledd bokstav f, mens betydningen av identitetsvurderingen ikke er nevnt i forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 tredje ledd.

For øvrig fremstår forholdet mellom forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 annet og tredje ledd som uklart. Begge ledd synes å regulere det samme, dvs. når forklaringen skal legges til grunn i tvilstilfeller. Departementet bør derfor vurdere om det er behov for begge ledd. Videre bør departementet klargjøre om tredje ledd inneholder kumulative vilkår eller sentrale momenter i en helhetsvurdering. UNE foretar i dag en konkret og helhetlig vurdering av ulike momenter i tråd med uttalelsene i Høyesterettsdommen inntatt i Rt. 2011 side 1481 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 85 (om betydningen av motstrid, sammenheng osv.), side 88 (generell troverdighet), side 130 (sen søknad) og side 131 (manglende medvirkning). Hvis det er kumulative vilkår, kan man vurdere å tilføye «og» etter bokstav d i likhet med statusdirektivet artikkel 4 nr. 5 punkt d («and»).

Departementet presiserer at det er et krav til sannsynlighetsovervekt for handlinger og aktivitet sur place. UNE anser dette som en skjerping av beviskravet, selv om det etter praksis også ofte vil kreves mer for å sannsynliggjøre handlinger og aktivitet i Norge, nettopp fordi det vil være lettere å bevise og dokumentere dette.

Det lempede beviskravet bygger på flere hensyn. Dels er det begrunnet med den vanskelige bevissituasjonen asylsøkere befinner seg i, og dels med konsekvensene hvis utlendingsmyndighetene tar feil. I praksis er det tatt hensyn til en rimelig tvil i både fakta- og risikovurderingen der konsekvensene av en uriktig avgjørelse kan lede til forfølgelse eller alvorlige overgrep. I forlengelsen av dette stiller UNE spørsmål om det er adgang til å oppstille et skjerpet beviskrav i sur place-saker, *i tilfeller hvor tvil om faktum ikke kan knyttes til søkerens manglende medvirkning til å opplyse saken.*

For øvrig kommer departementets presisering om skjerpet beviskrav i sur place-saker ikke til uttrykk i ordlyden i ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3. Det kan være en fordel om dette blir gjort.

Departementet foreslår i forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 fjerde ledd fjerde punktum at det skal være presumsjon for at det ikke foreligger beskyttelsesbehov ved retur til en stat som er forpliktet etter EMK og EUs statusdirektiv. UNE vil påpeke at spørsmålet om retur til noen av disse landene ikke alltid byr på enkle vurderinger. For noen aktuelle returland har det vært nødvendig med til dels inngående vurderinger av mottaksforhold og asylprosedyrer, vurdert opp mot individuelle forhold i saken. Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) bekrefter at retur til enkelte EU-stater til tider kan innebære risiko for brudd på EMK artikkel 3, fordi søkerne ikke er sikret tilstrekkelig adgang til asylprosedyrer på en forsvarlig måte og dermed kan risikere retur til hjemlandet uten at deres sak er blitt forsvarlig behandlet.

4.1.4 Særlig om identitet i beskyttelsessaker

Departementet peker i høringsnotatet pkt. 11.1 på noen problemer knyttet til mangel på ID-dokumenter og bruk av falsk identitet m.m. UNE har tidligere gitt uttrykk for at det er en utfordring også for vår saksbehandling at særlig et høyt antall asylsøkere har uavklart identitet.

4.1.4.1 Definisjon av begrepet «identitet»

Det er viktig at utlendingers identitet blir vurdert ut fra de samme kriteriene i hele utlendingsforvaltningen. Det kan være hensiktsmessig at det er et kjerneinnhold eller en definisjon av begrepet «identitet» for alle sakstyper etter utlendingsloven. Da vil begrepet ikke variere med individuelle omstendigheter eller ut fra hvilken tillatelse det er søkt om.

4.1.4.2 Begrepsbruk og beviskrav

UNE tar i utgangspunktet ikke stilling til om en oppgitt identitet er sannsynliggjort dersom det anførte beskyttelsesgrunnlaget uansett ikke fører frem. I slike tilfeller blir søknaden altså vurdert ut fra søkerens egne opplysninger om identitet uten at det er tatt stilling til den. I noen saker bemerker UNE at det er forhold som kan tale for å stille spørsmål ved den oppgitte identiteten. Andre ganger kan deler av identiteten bli vurdert som ikke sannsynliggjort, for eksempel navn og fødselsdato, mens oppgitt statsborgerskap anses sannsynliggjort og dette alene tilsier at vedkommende har et beskyttelsesbehov. I andre saker igjen kan avslagsgrunnen nettopp være at den oppgitte identiteten ikke er lagt til grunn. Et eksempel er at søknaden vil bli avslått når anførselene om beskyttelse er knyttet til det oppgitte statsborgerskapet som ikke blir lagt til grunn.

Departementet uttaler på side 40 siste avsnitt i høringsnotatet: «At identitet er sannsynlig eller mest sannsynlig innebærer ikke at identitet er korrekt. Det kan fortsatt være tvil om identiteten.»

Begrepet «tvil om identitet» er et begrep som brukes i lov og forskrift, forarbeider og en rekke andre rettskilder, herunder forvaltningspraksis. Ulik forståelse av hva som ligger i begrepet har ledet til tolkningstvil i ulike sammenhenger. Vi viser særskilt til utlendingsforskriften § 12-1 første ledd bokstav b, som sier at reisebevis kan nektes utstedt når det er tvil om en utlendingens identitet. Det kunne være en fordel om begrepet «tvil om identitet» helt ble fjernet fra lov og forskrift, og erstattet for eksempel med «mest sannsynlig» «(ikke) sannsynliggjort» e.a. Et alternativ kunne være å bruke uttrykket «rimelig tvil».

Gjeldende regelverk er ikke entydig mht. når en oppgitt identitet skal kunne anses sannsynlig. Ordbruken varierer (for eksempel tvil/avklart/sannsynlig/mest sannsynlig). Det er også ulik ordbruk i motivene. Ordet

«sannsynlig» er ikke nærmere definert i forarbeidene. Dette gir samlet sett liten veiledning for hvilket beviskrav som skal anvendes. Når tillatelse gis, må utlendingsmyndighetene ta stilling til søkerens identitet, og dette skal registreres i DUF. Identiteten kan fastsettes til «dokumentert», «sannsynliggjort» eller «ikke sannsynliggjort». Utgangspunktet er at en identitet blir registrert som «sannsynliggjort» når det er mest sannsynlig at (hele) den oppgitte identiteten kan legges til grunn som riktig. Dette blant annet fordi utlendingsforskriften § 8-12 første ledd angir «mest sannsynlig» som beviskrav. Dette er regelverkets «tydeligste» beviskrav om identitet, og det er relevant for alle avgjørelser knyttet til vurderinger av utlendingsloven § 38 i beskyttelsessaker. Det er grunn til å tro at det samme beviskravet stilles i praksis når tillatelser blir gitt etter utlendingsloven § 28 første ledd.

Departementet foreslår å videreføre beviskravet om at en identitet skal være «sannsynlig». UNE finner det usikkert om dette er en dekkende beskrivelse av praksis, jf. ovenfor. Dersom kravet til *sannsynlig* identitet er at identiteten skal være *like sannsynlig som ikke sannsynlig*, jf. beskrivelsen under pkt. 6.1.3.3, mener UNE at dette kan innebære et senket krav i forhold til gjeldende praksis.

I forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 a første ledd er det foreslått følgende ordlyd: «Som hovedregel skal identitet dokumenteres.» UNE foreslår at ordlyden endres til: «Som hovedregel skal *utlendingen fremlegge dokumentasjon på sin oppgitte identitet.*»

I oppregningen av momenter i forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 tredje ledd vil UNE foreslå et tilleggspunkt om *dokumentsituasjonen* i hjemlandet. Som kjent kan dokumentsituasjonen variere fra land til land, og det har vesentlig betydning at utlendingsmyndighetene har god oversikt over dokumentsituasjonen i det enkelte land. I dette ligger også en vurdering av om utlendingens forklaring på hvorfor han ikke har fremlagt dokumenter, kan anses plausibel.

I forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 a annet ledd brukes begrepet *umulig* å fremskaffe. Dette kan forstås som et nærmest objektivt kriterium, men det er uklart for UNE om formuleringen er ment som en innskjerping av de medvirkningskrav som allerede følger av utlendingsloven §§ 83 og 93, hvor det blant annet fremgår at *utlendingen plikter å gjøre sitt beste*.

I forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 a fjerde ledd står det at når en utlending ikke frykter egne myndigheter, kan utlendingen pålegges å kontakte hjemlandets myndigheter. Det fremstår som uklart hva som ligger i uttrykket «pålegges». Videre er vi i tvil om hvordan dette skal gjøres i praksis i de tilfeller hvor hjemlandets representasjon ligger utenfor Norge. En asylsøker uten tillatelse kan ikke reise til et annet land i Europa uten pass og visum for å oppsøke hjemlandets ambassade for å fremskaffe reisebevis. Oppfatningen er at UDI ikke utsteder reisedokument dersom man ikke har oppholdstillatelse. Etter Schengenkonvensjonen artikkel 21 må en person ha både oppholdstillatelse og reisedokument for lovlig å kunne ferdes fritt i Schengen. Det står ikke i forskriftsteksten at utlendingen må reise til et annet land, bare at vedkommende kan pålegges å kontakte hjemlandets myndigheter i andre land. Dersom en søker kan få tak i reisedokument fra hjemlandets ambassade uten å møte personlig, vil UNE som hovedregel ikke anse at dokumentet har tilstrekkelig notoritet.

4.1.5 Risikokravet

UNE har merket seg at departementet innledningsvis sier at dagens utgangspunkt i gjeldende rett må videreføres.

Departementet foreslår at *kravet til risiko anses oppfylt når forfølgelse eller alvorlige overgrep er en sannsynlig følge av utsendelse*.

Ved at begrepet *sannsynlig* også brukes i denne sammenheng, er det nærliggende å anta at departementet har ment *like sannsynlig som ikke sannsynlig*, jf. høringsnotatet pkt. 6.1.3.3. Dette også sett i lys av at departementet foreslår begrepet *sannsynlig* som felles vurderingsnorm både for fakta- og risikovurderingen, og viser til at ulike bevis- og risikokrav, slik det er i dag, kan føre til mer ressurskrevende saksbehandling. UNE kan imidlertid ikke se at en slik høy terskel er i samsvar med gjeldende rett. Det blir derfor ytterligere uklart for UNE når departementet innledningsvis her viser til at «dagens utgangspunkter i gjeldende rett må videreføres.»

I NOU 2004: 20 s. 119 er det vist til følgende: «Risikoterskelen må fastsettes etter en konkret vurdering av den enkelte sak, hvor det blant annet vil være naturlig å legge vekt på alvoret 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 Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 88 slutter departementet seg til utvalget, og presiserer: «Når det gjelder hva som ligger i vilkåret om en velgrunnet frykt for forfølgelse, må det opereres med en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt. Det avgjørende er, som utvalget bemerker, om risikoen er reell.» Disse linjene er fulgt opp i UNEs praksis. Vurderingstemaet er om risikoen, ut fra objektive og konkrete holdepunkter, kan anses *reell*. En fjern mulighet for overgrep er ikke tilstrekkelig. Terskelen for beskyttelse etter flyktningkonvensjonen er noe lavere enn etter EMK artikkel 3.

UNE stiller også spørsmål ved om risikoterskelen *like sannsynlig som ikke sannsynlig* har dekning i Norges folkerettslige forpliktelser.

Departementet viser til at «kravene til sannsynliggjøring av at søkeren ved retur til mottakerstaten vil bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff, er nærmere fastlagt i EMDs praksis. Returvernet inntre dersom «substantial grounds have been shown for believing that the person concerned ... faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3.»

Det er uklart for UNE om departementet mener at «substantial grounds have been shown for believing» peker tilbake på faktavurderingen eller risikovurderingen, eller begge deler. I NOU 2004: 20 på s. 131 viste Utlendingslovutvalget til at nevnte formulering fra EMD gir en presisering av beviskravet, mens *real risk* gjelder risikokravet. Denne forståelsen er også innarbeidet i UNEs praksis, hvor det har vært et tydelig skille mellom de sannsynlighetskrav som stilles i faktumvurderingen og den fremtidsrettede risikovurderingen. Etter UNEs forståelse er det ikke grunnlag for, verken etter en fortolkning av EMK artikkel 3 eller flyktningkonvensjonen, å innfortolke et risikokrav som ligger så høyt som *like sannsynlig som ikke sannsynlig*, dvs. 50 % faregrad for at følgen skal inntreffe.

I forslaget til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 fjerde ledd annet punktum fremgår det av ordlyden at «kravene til faregrad og sannsynlighet for at følgen skal inntreffe skal være i samsvar med folkerettslige forpliktelser.» UNE bemerker at «faregrad» og «sannsynlighet for at følgen skal inntre» betyr det samme. Departementet bør derfor vurdere om ett av uttrykkene bør sløyfes.

Også i forslag til ny bestemmelse i utlendingsforskriften § 7-3 fjerde ledd tredje punktum er det vist til at «retur er i samsvar med folkerettslige forpliktelser». Etter UNEs vurdering angir ikke «samsvar med folkerettslige forpliktelser» en særlig klargjørende norm opp mot dagens praksis og forståelse. De folkerettslige reglene og forpliktelsene, herunder flyktningkonvensjonen og EMK, er dynamiske instrumenter der tolkningen endres over tid. Skillet mellom fakta- og risikovurderingene er også ofte utydelig i rettspraksis, herunder EMDs praksis. Videre er det en kompliserende faktor at retten avgjør konkrete saker, og hvilken betydning en dom skal ha utover den enkelte saken kan gi rom for betydelig tolkningstil.

Dersom departementet har ment at begrepet «sannsynlig» likevel skal ha ulikt innhold og betydning i fakta- og risikovurderingen, mener UNE at lik begrepsbruk står i motsetning til formålet om klargjøring.

UNE vil på denne bakgrunn foreslå at forslaget til regulering av risikokravet utgår.

UNE har merket seg at departementet i høringsnotatet pkt. 6.1.3.5 viser til at kravet til sannsynlighet vil variere med beskyttelsesgrunnlaget og omstendighetene for øvrig, og at kravene vil være høyere i returverntilfeller enn etter flyktningkonvensjonen. Dette er også i tråd med UNEs forståelse av gjeldende rett.

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

En del av begrunnelsen for å oppheve dagens ordning, er at personer som påberoper seg beskyttelse etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b i liten grad kommer fra områder med væpnet uro, men anfører behov for beskyttelse som følge av for eksempel nabo- eller familiefelder eller manglende medisinsk behandling. Departementet ønsker å vise at personer som anfører slike forhold ikke bør ha status som flyktninger i Norge. UNE bemerker at ganske mange asylsøkere har fått medhold etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b på grunn av den generelle sikkerhetssituasjonen for eksempel i Somalia, Syria og Jemen. De som søker om asyl for å få medisinsk behandling, blir primært vurdert etter utlendingsloven § 38, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 146.

UNE påpeker at det mangler en henvisning til reglene om sur place og internflukt. Disse reglene skal også gjelde for personer med subsidiær beskyttelse. Dette bør fremgå av lovteksten.

Departementet foreslår at retten til avledet status knyttet til ektefelle og barn av de som får tillatelse etter forslag til ny bestemmelse i utlendingsloven § 28 a, tas bort. Det er ikke nærmere kommentert i høringsnotatet hvilke regler som kommer til anvendelse for familiemedlemmene. Det er uklart for UNE om det er reglene om familiegjenforening med krav til underhold og fire års botid som skal gjelde, eller om departementet ser for seg at det er aktuelt å gi tillatelse etter utlendingsloven § 38 for denne gruppen. UNE ser behov for en klargjøring av dette og forholdet til EMK artikkel 8. Der familien kommer samlet til Norge og kun ett av familiemedlemmene fyller vilkårene for beskyttelse, vil det ikke være et reelt alternativ å videreføre familielivet i hjemlandet.

I utgangspunktet er det et krav at søknad om familiegjenforening fremmes fra hjemlandet. Departementet foreslår ikke endringer i disse reglene. Det kan derfor reises spørsmål om ektefelle og barn må returnere til hjemlandet for å søke familiegjenforening derfra.

Departementet legger opp til at tillatelser etter endringene i utlendingsloven § 28 og forslaget til ny bestemmelse i utlendingsloven § 28 a skal være midlertidige. UNE forstår at det da skal gis tillatelse for ett år av gangen. Hovedregelen i dag er at tillatelse i gis for tre år, jf. utlendingsforskriften § 10-13. UNE kan ikke se at det er foreslått endringer i denne bestemmelsen, og ser behov for en klargjøring.

Departementet bør også klargjøre om asyltillatelser som er gitt etter gjeldende utlendingslov § 28 første ledd bokstav b skal fornyes etter endringene i utlendingsloven § 28 eller etter ny bestemmelse i utlendingsloven § 28 a.

I høringsnotatet punkt 6.3.5 viser departementet til at oppholdstillatelse ikke bør opprettholdes når behovet for beskyttelse faller bort. UNE ser at vurderinger av fornyelse vil kunne omfatte mange saker med barn som kan ha bodd i Norge over flere år. I dag er praksis at det som regel gis oppholdstillatelse på grunn av barns tilknytning til Norge der oppholdstiden er minimum fire og et halvt år, hvorav ett år på skole, og det ikke foreligger sterke innvandringsregulerende hensyn som taler mot tillatelse. Denne praksisen omfatter særlig saker der det er søkt om beskyttelse, men gitt avslag. Barna og foreldrene har derfor ikke hatt ordinær oppholdstillatelse.

UNE savner en vurdering fra departementet av hvordan hensynet til barna skal vurderes der barna og familien har hatt flere år med lovlig opphold, men ikke lenger har et beskyttelsesbehov og heller ikke fyller vilkårene for permanent oppholdstillatelse. UNE vil anta at de innvandringsregulerende hensynene ikke er like sterke der barna og foreldrene har hatt lovlig opphold i flere år, fremfor dagens portefølje i lengeværende barn-sakene, der de hovedsakelig har hatt ulovlig opphold. Ser departementet for seg at saker hvor barna tidligere har hatt et lengre tids lovlig opphold på grunn av beskyttelsesbehov har samme karakter som for eksempel barn som har fått oppholdstillatelse i Norge, men hvor tillatelsen som er gitt ikke danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse (for eksempel barn av studenter)? Likebehandlingshensyn tilsier at det kan være behov for nærmere regulering av hvordan hensynet til barna skal vurderes i denne type tilfeller.

Departementet foreslår at ny bestemmelse i utlendingsloven § 28 a kan begrenses på lik linje med oppholdstillatelser etter utlendingsloven § 38 femte ledd. UNE kan imidlertid ikke se at det er foreslått

konkrete endringer i loven eller forskriften i tråd med dette. UNE ser for øvrig også behov for en tilsvarende hjemmel for de som gis beskyttelse etter flyktningkonvensjonen. Som nevnt under pkt. 4.1.4.2. kan det gis beskyttelse selv om det foreligger tvil om utlendingens identitet, og hvor det fortsatt kan være mulig å framskaffe identitetsdokumenter. Dette kan være tilfellet hvor UNE har lagt til grunn klagerens anførte nasjonalitet, men hvor det kan være tvil om klageren har oppgitt riktig navn eller fødselsdato. I slike tilfeller bør det også være mulig å be utlendingen kontakte hjemlandets myndigheter for å skaffe identitetsdokumenter. Muligheten til å sette begrensninger i tillatelsen vil kunne motivere utlendingen til å følge opp behovet for ytterligere klarlegging av identiteten.

4.3 Innføring av midlertidig beskyttelse

4.3.1 Behovet for midlertidighet

UNE ser at det kan være nødvendig å gi midlertidig opphold i perioder med høye ankomsttall og stort press på saksbehandlingen. For kvaliteten på saksbehandlingen er det også en fordel at det unntaksvis og i relativt korte perioder kan gis midlertidig opphold for å innhente bedre landinformasjon. Dette kan føre til at sakene er bedre utredet før de kommer til UNE, og at klagebehandlingen går raskere.

4.3.2 Permanent oppholdstillatelse og innvandringsregulerende hensyn

Med hensyn til søknad om permanent oppholdstillatelse skriver departementet under pkt. 6.3.2 i høringsnotatet: «Blant annet kreves det at utlendingen fortsatt oppfyller vilkårene for den midlertidige tillatelsen som danner grunnlaget for den permanente tillatelsen, jf. utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b. Dette innebærer at personer med flyktningstatus fortsatt må ha et beskyttelsesbehov for å få permanent oppholdstillatelse.»

Etter det vi er kjent med har det aldri kommet en klagesak fra UDI hvor søknad om permanent oppholdstillatelse er avslått etter utlendingsloven § 62 første ledd bokstav b med den begrunnelsen at søkeren ikke lenger har et beskyttelsesbehov. I de sakene der UNE vurderer noen/alle vilkår for permanent oppholdstillatelse på nytt, har UNE heller ikke vurdert om personer med flyktningstatus fremdeles har et beskyttelsesbehov. Så lenge en utlending har fått flyktningstatus og midlertidig oppholdstillatelse, har UNE forutsatt at vilkårene for tillatelsen har vært oppfylt. såfremt tillatelsen(e) med flyktningstatus ikke er tilbakekalt.

4.3.2.1 Hensynet til forutberegnelighet

Departementet har foreslått en unntakshjemmel fra retten til permanent oppholdstillatelse i nytt annet ledd i utlendingsloven § 62. Unntaket kan komme til anvendelse ved «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn». UNE forstår det slik at bestemmelsen vil gjelde generelt i alle saker hvor det er søkt om permanent oppholdstillatelse, og ikke bare i saker hvor førstegangs oppholdstillatelse ble gitt etter søknad om beskyttelse.

Hensynet til forutberegnelighet kan tilsi at det i førstegangstillatelsen gis en begrensning mot at denne danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse i saker hvor «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn» er kjent allerede på det tidspunktet. Man kan stille spørsmål om hvorfor en utlending skal kunne få en tillatelse som kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse dersom permanent oppholdstillatelse uansett ikke gis senere. Vi viser til det som er sagt nedenfor med hensyn til rimelighetsvurderingen. I alle fall bør de det gjelder allerede på tidspunktet for førstegangstillatelsen få informasjon om at tungtveiende innvandringsregulerende hensyn kan få betydning ved senere vurdering av en søknad om permanent oppholdstillatelse.

Det kan med tiden fremkomme opplysninger som gjør at det vil «oppstå» (eller gjøre utlendingsmyndighetene oppmerksom på) innvandringsregulerende hensyn i perioden mellom førstegangs oppholdstillatelse og tidspunktet for å ta stilling til en søknad permanent oppholdstillatelse. En innføring av en bestemmelse som foreslått i utlendingsloven § 62 nytt annet ledd, innebærer samtidig at man fanger opp de som i dag har fått oppholdstillatelse uten begrensninger, på tross av tungtveiende innvandringsregulerende hensyn. Tungtveiende innvandringsregulerende hensyn, så som straffbare forhold, vil allerede i dag medføre tillegg i botidskravet og avslag på en søknad om permanent oppholdstillatelse dersom tilleggstiden ikke er utløpt, jf. utlendingsforskriften § 11-5. Vi viser til det som er sagt nedenfor.

UNE ser at det å begrense en midlertidig oppholdstillatelse mot at den kan danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse har en side til kapittel 6 i utlendingsloven om familieinnvandring. For å ha rettskrav på familieinnvandring etter utlendingsloven, gjelder det krav til referansepersonens status, se for eksempel utlendingsloven § 40 første ledd. Det kan gjøres unntak fra referansepersonens status dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 49, og det kan i vurderingen legges vekt på innvandringsregulerende hensyn i vurderingen av om familieinnvandring bør gis. En eventuell begrensning mot permanent oppholdstillatelse vil derfor, slik loven nå er bygget opp, kunne få betydning for retten til familieinnvandring. Dette har igjen en side til EMK artikkel 8, spesielt for personer med tillatelse i medhold av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a og b.

4.3.2.2 Rimelighetsvurderingen

Forslaget til nytt annet ledd i utlendingsloven § 62 legger opp til stor grad av skjønn, og enkelte formuleringer kan skape tolkningstvill. Når UNE i dag foretar rimelighetsvurderinger, vil vi som hovedregel avvise de forhold som taler for å gi en oppholdstillatelse mot de forhold som taler mot å gi en oppholdstillatelse (innvandringsregulerende hensyn).

UNE har merket seg at departementet har avgrenset unntaksbestemmelsen til «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn», og bestemmelsen har således en annen terskel enn andre bestemmelser i loven, se for eksempel utlendingsloven § 38 fjerde ledd. Hensynene som taler for at det gis permanent oppholdstillatelse vil antakelig være andre enn i en sak om midlertidig oppholdstillatelse. Et avslag på midlertidig oppholdstillatelse innebærer retur, mens avslag på permanent oppholdstillatelse ikke nødvendigvis innebærer at utlendingen må forlate landet, men i stedet fortsetter på et midlertidig oppholdsgrunnlag. Det kan være en fordel om departementet sier noe om hvilke hensyn som skal kunne tale for at utlendingen får en permanent oppholdstillatelse i saker hvor det foreligger tungtveiende innvandringsregulerende hensyn.

Departementet har ikke skrevet noe om hvorvidt reglene i forslag til nytt annet ledd i utlendingsloven § 62 skal utdypes med forskriftsbestemmelser, noe UNE mener det kan være behov for. UNE foreslår også at departementet vurderer en form for kobling mellom forslaget til unntaksbestemmelse i utlendingsloven § 62 nytt annet ledd og det som i dag fremgår av utlendingsforskriften § 8-5 tredje og fjerde ledd. Det angis der hva som er å anse som «tungtveiende innvandringsregulerende hensyn» i de saker bestemmelsen gjelder.

UNE vil knytte noen kommentarer til de tre eksemplene på tungtveiende innvandringsregulerende hensyn som den foreslåtte bestemmelsen viser til.

4.3.2.3 Manglende bidrag til avklaring av egen identitet:

Uttrykket «manglende bidrag til avklaring av egen identitet» er vidt, og åpner for en stor grad av skjønn. UNE legger i dag til grunn at det foreligger et identitetskrav ved søknad om permanent oppholdstillatelse, basert på bestemmelsene i utlendingsloven § 83 annet ledd og utlendingsforskriften §§ 17-7 og 10-2. Disse bestemmelsene er ikke direkte knyttet opp mot reglene om permanent oppholdstillatelse, men gjelder for oppholdstillatelser generelt. Et nytt avslagsgrunnlag som retter seg mot identitet kan synes lite hensiktsmessig. Vi foreslår at departementet i stedet vurderer om det bør innføres et eget identitetskrav i utlendingsloven § 62 første ledd, på linje med vilkårene som allerede står i første ledd bokstav a til d. Et slikt vilkår kunne for eksempel utformes slik som identitetsvilkåret i statsborgerloven § 7 første ledd bokstav a, jf. statsborgerforskriften kapittel 1.

4.3.2.4 Unnlattelse av å fremskaffe reisedokumenter når det har hindret retur, eller at beskyttelsesbehovet skyldes søkerens egne handlinger etter at søkeren forlot hjemlandet og det hovedsakelige formålet med disse handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse

I sur place-saker må utlendingsmyndighetene vurdere om beskyttelsesbehovet skyldes søkerens egne handlinger etter at søkeren forlot hjemlandet, og det hovedsakelige formålet med disse handlingene mest sannsynlig har vært å oppnå oppholdstillatelse, jf. utlendingsloven § 28 fjerde ledd. Det kan derfor være grunn til å vurdere om hensynet til forutberegnelighet tilsier at man allerede på dette tidspunktet begrenser den midlertidige oppholdstillatelsen mot å danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse. Det vises til det som er sagt over.

Det samme gjelder de tilfellene hvor utlendingen har hindret retur fordi han har unnlatt å fremlegge reisedokumenter. I slike saker har myndighetene, på tross av dette innvandringsregulerende hensynet, likevel gitt en midlertidig tillatelse, enten etter en skjønnsmessig vurdering eller som følge av at utlendingen har

rettskrav på en oppholdstillatelse. Det kan være grunn til å vurdere om hensynet til forutberegnelighet tilsier at den midlertidige oppholdstillatelsen begrenses mot å kunne danne grunnlag for permanent oppholdstillatelse allerede på tidspunktet for innvilgelse av midlertidig oppholdstillatelse, i stedet for å bruke dette som avslagsgrunn i en senere sak om permanent oppholdstillatelse. Vi viser til det som er sagt over.

Kapittel 8 i departementets høringsnotat omhandler øvrige innstramningstiltak for permanent oppholdstillatelse. UNE viser til pkt. 6 nedenfor, hvor departementets øvrige innstramningstiltak for permanent oppholdstillatelse er kommentert.

4.4 Fornytt beskyttelsesvurdering ved fylte 18 år for enslige mindreårige asylsøkere

Ifølge forslaget til ny bestemmelse i utlendingsloven § 38 a vil ikke tillatelser som blir innvilget på grunn av manglende omsorg gi grunnlag for permanent opphold. Dette vil ikke få betydning for enslige mindreårige asylsøkere (EMA) mellom 16 og 18 år, jf. utlendingsforskriften § 8-8, men for yngre EMA vil en ny bestemmelse få betydning.

Departementet påpeker at det er mulig å gi ordinær tillatelse etter utlendingsloven § 38 på grunn av langvarig opphold. Etter dagens praksis vil dette normalt være aktuelt først etter fire og et halvt års opphold. Det vil gå nye tre år før de kan søke om permanent oppholdstillatelse. Dette betyr at mange EMA må være i Norge i nærmere åtte år før de kan søke om permanent oppholdstillatelse.

4.5 Oppheving av rimelighetsvilkåret ved henvisning til internflukt i utlendingsloven § 28 femte ledd

UNE vil først kommentere spørsmålet om det er adgang til å oppheve rimelighetsvilkåret etter folkeretten, og deretter hvilken betydning det vil ha for UNEs saksbehandling.

4.5.1 Er Norge folkerettslig forpliktet til å ha et rimelighetsvilkår?

Departementet mener at Norge ikke er folkerettslig forpliktet til å ha et rimelighetsvilkår. Det står i høringsnotatet på side 63 at Høyesterett slo dette fast i plenumsdommen 18. desember 2015. UNE har vanskelig for å se at dette fremgår uttrykkelig av dommen. Staten anførte for Høyesterett at det ikke var et rimelighetsvilkår ved internflukt etter EMK artikkel 3, jf. avsnitt 45 i dommen. Dette ble også lagt til grunn av førstvoterende, jf. avsnitt 120. Men staten anførte ikke at det samme gjelder for internflukt etter flyktningskonvensjonen. Uttalelsene til førstvoterende i avsnitt 122 kan peke i den retning, men de fikk ikke støtte av flertallet.

Det fremgår videre av høringsnotatet på side 63 at kun enkelte stater har et rimelighetsvilkår, andre ikke. Notatet viser ikke til hvilke stater det gjelder. Vi oppfatter det slik at *de fleste vestlige stater* har et krav om rimelighet ved internfluktvurderingen etter flyktningskonvensjonen.

Læren om internflukt oppsto i statspraksis på midten av 1980-tallet. Den har sitt utspring i UNHCRs Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktingers rettsstilling (1979) punkt 91, som oppstiller et krav om rimelighet. Punkt 91 sier at en asylsøker ikke kan henvises til å søke tilflukt i en annen del av hjemlandet hvis det «ikke ville ha vært rimelig å forvente at han skulle gjøre det.»

Rimelighetsvilkåret ble tidlig akseptert av de øverste domstolene i Storbritannia, Canada og Australia, jf. High Court (England and Wales), *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Gunes*, Imm AR 278, 21 January 1991, Federal Court of Canada, *Sivaganthan Rasaratnam v. Minister of Employment and Immigration*, 5 December 1991 og High Court of Australia, *Randwha v. Minister for Immigration* (1994) 52 FCR 437, avsnitt 11-16. Rettsutviklingen er nærmere beskrevet av James Hathaway og Michelle Foster i *Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination* (E. Feller, V. Türk, and F. Nicholson, *Refugee Protection in International Law UNHCR's Global Consultations on International Protection 2003*) side 362. De påpeker at "leading common law jurisdictions" tidlig anvendte "the 'reasonableness' language of the UNHCR Handbook."

Britisk høyesterett uttalte i Januzi (2006) at rimelighetsvilkåret var «readily and widely accepted» og viste til statspraksis, jf. House of Lords (Judicial Committee), Januzi (FC) (Appellant) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent); UKHL 5, 15. February 2006, avsnitt 8.

I forbindelse med høyesterettssaken i 2015 utarbeidet Inter-Governmental Consultations (IGC) i Genève en oversikt over statspraksis etter ønske fra UNE, se vedlegg: IGC, Request for Information from Norway – Internal Flight or Relocation Alternative in Asylum Cases (September 2015). Denne oversikten redegjør for internfluktpraksis i Belgia, Canada, Danmark, Finland, Tyskland, Hellas, Irland, Nederland, New Zealand, Sverige, Sveits og USA. Oversikten gjaldt et konkret spørsmål om innholdet av rimelighetsvurderingen, men viser at alle land har et rimelighetsvilkår. De eneste unntakene er Sveits og New Zealand. Opplysningene om Sveits var uklare. New Zealand krever i stedet at søkeren er sikret grunnleggende sivile, sosiale og sosioøkonomiske rettigheter i internfluktområdet. Dette vilkåret er neppe strengere enn rimelighetsvilkåret. Andreas Zimmermann påpeker i The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary (2011) side 455 avsnitt 653 at «[t]his approach sets out a considerably lower threshold for applicants to overcome», og at New Zealand er det eneste landet som har valgt dette vilkåret.

Australia er ikke nevnt i oversikten, men det er på det rene at de har et rimelighetsvilkår, jf. Migration Review Tribunal, Guide to refugee law, Chapter 6 Relocation (Desember 2015) og High Court of Australia, Minister for Immigration and Border Protection v SZSCA (November 2014) avsnitt 21-23. Det samme gjelder Storbritannia, jf. Immigration Rules article 339O og Home Office, Considering Asylum Claims and Assessing Credibility, 2012, punkt 7.2.

EUs statusdirektiv (2011) har også et krav om rimelighet i artikkel 8 nr. 1. Direktivet er ment å bygge på en korrekt tolkning av flyktningskonvensjonen, jf. fortalen punkt 3, 4, 23 og 24. Kravet om rimelighet ble inntatt i direktivet i 2004 og videreført ved revisjonen i 2011. Det ble gjort noen få endringer i artikkel 8 for å styrke søkerens rettigheter. Det viktigste var å sikre trygg og lovlig reise, samt adgang til internfluktområdet. Kravet til rimelighet ble formulert på samme måte i 2011 som i 2004 («can reasonably be expected to»). UNE kan derfor ikke helt se at rimelighet ble omtalt på en annen måte enn tidligere, jf. høringsnotatet side 64. UNE er heller ikke kjent med de delene av forarbeidene til direktivet som sier at rimelighetsvilkåret først og fremst dekker grunnleggende humanitære krav. Høringsnotatet viser ikke til hvilke forarbeider det gjelder.

UNE vil uansett vise til at direktivet har rimelighetsvilkår. Dette betyr at alle EU-stater, som er bundet av direktivet, må ha et slikt vilkår. Danmark er ikke bundet av direktivet. Irland og Storbritannia er bare bundet av direktivet fra 2004. Oversikten fra IGC viser imidlertid at Danmark og Irland har et slikt vilkår. Det samme har Storbritannia.

Oppsummert har alle EU-medlemmer, USA, Canada og Australia et rimelighetsvilkår ved internflukt i de tilfeller som reguleres av flyktningskonvensjonen. New Zealand har det ikke, og Sveits har det neppe. UNE kjenner ikke rettstilstanden i andre land.

UNE er kjent med at anvendelsen av rimelighetsvilkåret kan variere fra land til land, også innad i enkelte land, fordi det er vagt og skjønnsmessig. De fleste stater har likevel et rimelighetsvilkår. Slik konvensjonen tolkes i praksis, må internflukt være trygt, tilgjengelig og rimelig (eller ikke urimelig).

Den statspraksis vi har redegjort for her, taler for at Norge er folkerettslig forpliktet til å ha et rimelighetsvilkår ved internflukt i de tilfeller hvor en person omfattes av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. I så fall vil søkeren ha rett til flyktningsstatus hvis internflukt er urimelig. Det betyr igjen at det ikke vil være tilstrekkelig å gi søkeren en tillatelse etter utlendingsloven § 38.

4.5.2 Hvilken betydning vil det få for UNEs saksbehandling hvis rimelighetsvilkåret blir opphevet?

Selv om rimelighetsvilkåret i utlendingsloven § 28 femte ledd skulle bli opphevet, vil UNE fortsatt måtte vurdere om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 38 første ledd ved retur til internfluktområdet. Noe forenklet kan man si at rimelighetsvurderingen ville bli flyttet fra utlendingsloven § 28 femte ledd til § 38 første ledd. Den konkrete vurderingen av klagerens individuelle omstendigheter og de generelle forholdene i internfluktområdet ville neppe bli så mye enklere. Terskelen for «sterke menneskelige hensyn» i utlendingsloven § 38 første ledd er i dag den samme som terskelen for rimelighet etter

utlendingsloven § 28 femte ledd, jf. utlendingsforskriften § 7-1 og plenumsdommen avsnitt 94. Vi tror derfor ikke at klagebehandlingen ville bli vesentlig enklere eller raskere som følge av den foreslåtte endringen.

Departementet påpeker på side 65 i høringsnotatet at de som i dag får flyktningstatus på grunn av rimelighetsvilkåret i utlendingsloven § 28 femte ledd, vil kunne få opphold på humanitært grunnlag etter § 38. Dette vil trolig medføre at flere får opphold etter § 38 enn i dag. Det er noe uklart hva som menes med at det ikke skal være en «utvidet bruk» av § 38. Vi tolker det slik at det vil bli flere innvilgelser etter § 38 (i stedet for etter § 28) og dermed hyppigere bruk av bestemmelsen, men at hensikten ikke er å senke terskelen for opphold etter § 38.

5. Høringsnotatet kapittel 7. Endringer i regelverket om familiegjenforening

5.1 Noen sannsynlige konsekvenser av forslaget til innstramning i regelverket om familieinnvandring

De foreslåtte innstramningene i familieinnvandringskapittelet kan medføre at det totalt sett vil bli fremmet færre søknader om familieinnvandring, uten at dette er et uttalt mål fra departementets side.

En annen mulig konsekvens av forslaget kan bli at gruppen som normalt ville ha søkt om familieinnvandring fra hjemlandet, i større grad vil forlate hjemlandet og søke om beskyttelse i Norge fremfor familieinnvandring. Dette som et resultat av at mange ikke vil anse det oppnåelig å få en familieinnvandringstillatelse innen rimelig tid, sett hen til de nye innstramningene. Det at familiemedlemmer velger å reise fra sitt hjemland for å søke om beskyttelse i Norge for å unngå underholdskravet og fireårskravet, er ikke nødvendigvis en utnyttelse av asylinstituttet. Familiemedlemmer vil i mange tilfeller fylle vilkårene for beskyttelse eller subsidiær beskyttelse på selvstendig grunnlag.

Én fordel med at utlendinger søker om en tillatelse etter familieinnvandringssporet fra hjemlandet, fremfor at de reiser hit og søker om beskyttelse, er at søkerens identitet og relasjonen mellom partene da blir vurdert forut for innreisen i Norge, i motsetning til det som er tilfelle når søkeren reiser hit og søker om beskyttelse.

5.2 EMK artikkel 8

UNE er i utgangspunktet enig i departementets fremstilling av de internasjonale forpliktelsene etter EMK artikkel 8 på side 69-70 i høringsnotatet. Men departementet har i liten grad konkretisert hvilke skranker som følger av EMK, og hvilke vurderinger departementet har foretatt for å sikre at regelverket er forenlig med Norges folkerettslige forpliktelser.

Lovendringer som foreslått vil trolig føre til at antall saker hvor familiesplittelse anføres å bli varig vil øke, idet søkeren/referansepersonen anser det umulig eller svært vanskelig å kunne oppfylle kravene etter nytt regelverk. Et eksempel etter någjeldende regelverk hvor varig familiesplittelse kan bli påberopt, er de tilfellene hvor referansepersonen er ufør, men har for lav trygd for eksempel på grunn av for kort opptjeningstid. Etter de nye innstramningene antar vi at også andre grupper i økt grad vil kunne bli varig avskåret fra å oppfylle vilkårene, for eksempel eldre og kvinner med ansvar for mindreårige barn. Dette må for øvrig ses i sammenheng med vernet mot diskriminering i EMK artikkel 14, se kommentar nedenfor i punkt 5.3.

Betydningen av forskjellen mellom familieetablering og familiegjenforening er ikke berørt i høringsnotatet. Det har tradisjonelt vært et særskilt vern av det allerede etablerte familielivet. Også i andre saker enn familieinnvandring har det betydning om det er tale om (ny)etablering av et familieliv eller reetablering av en eksisterende familierelasjon, eksempelvis i utvisningssaker. Det er ønskelig at departementet synliggjør sine vurderinger knyttet til denne tematikken, særlig sett i lys av EMK artikkel 8 og EMDs praksis.

I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.182 viste departementet til at flyktninger og personer med subsidiær beskyttelse står i en «særskilt situasjon». UNE kan ikke ut fra høringsnotatet se at departementet har vurdert om forslaget

til innstramninger er i samsvar med nødvendighetskravet som følger av EMK artikkel 8 nr. 2, for denne nevnte gruppen. Det er ønskelig at departementet synliggjør denne vurderingen, og gjerne sier noe om i hvilke tilfeller det kan være urimelig å stille krav til aktivitet og underhold for denne gruppen. En slik nærmere grensedragnings kan også gi veiledning mht. når utlendingsmyndighetene bør gjøre unntak fra fireårskravet og underholdskravet.

5.3 Diskriminering

UNE viser til høringsnotatet side 70, hvor det står: «En annen sak er at reglene ikke må være diskriminerende, jf. EMK artikkel 14.» Departementet konstaterer med dette at det foreligger en skranke, men det står ikke noe om hvorvidt det nye regelverket vil virke diskriminerende eller ikke. UNE kan heller ikke se at departementet har omtalt norsk internt regelverk i denne sammenheng, så som diskrimineringsloven. I den forbindelse vil UNE spesielt trekke frem problematikken rundt diskriminering av antatt særlig sårbare grupper, se pkt. 5.2.

5.4 Kommentarer til enkeltbestemmelser i forslaget

5.4.1 Utlendingsloven § 28 sjette ledd

Departementet har nevnt avledet flyktningsstatus i kapittel 7 i høringsnotatet. Vi viser også til UNEs kommentarer i pkt. 4.2 ovenfor.

Vi viser til Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 5.6.4 / side 102 (departementets vurderinger): «Bestemmelsen i § 28 sjette ledd gir rett til flyktningsstatus, mens retten til oppholdstillatelse følger av bestemmelsene om familieinnvandring i kapittel 6 i loven.»

I dag foretar utlendingsmyndighetene i all hovedsak en personkrets-vurdering. Innebærer forslaget til lovendring i § 28 sjette ledd at man i personkrets-vurderingen også skal vurdere underholdskravet og kravet om at hovedpersonen har fire års oppholdstid, idet oppholdstillatelsen i slike tilfeller gis etter utlendingsloven § 40, mens statusen gis i medhold av lovens § 28? Eller skal en slik sak unntas fra underholdskravet og fireårskravet?

Sammenlignet med familiemedlemmer som søker om familieinnvandring fra hjemlandet, er det ikke usannsynlig at de familiene som kommer samlet til Norge og søker beskyttelse og avledet status har et sterkere behov/grunn til å være samlet, og at hensynet til familiens enhet kanskje lettere vil slå inn i disse sakene. Dette vil kunne få betydning for vurderingen av om det skal gjøres unntak fra for eksempel underholdskravet eller fireårskravet. Det vil være en fordel om departementet gir noe veiledning mht. hva som skal til for å gjøre unntak fra underholdskravet etter utlendingsforskriften § 10-11 og fireårskravet etter utlendingsforskriften § 40a tredje ledd (foreslått som nytt annet ledd), i tilfeller hvor familien i utgangspunktet kan presumeres å ha rettskrav på flyktningsstatus.

5.4.2 Utlendingsloven § 40 a nytt annet ledd

Det følger av gjeldende lov § 40 a tredje ledd at det kan gjøres unntak fra vilkår om aktivitet «dersom særlige grunner, herunder hensynet til familiens enhet, taler for det.» UNE er usikker på praktiseringen av dette unntaket dersom lovendringen blir vedtatt, idet bestemmelsen i dag bare omfatter familieetableringstilfellene. Etter det nye forslaget vil bestemmelsen også omfatte familie*gjenforening*, hvor det da allerede er tale om et etablert familieliv. Vi ønsker derfor at departementet presiserer i forarbeidene hva som etter nytt regelverk kan anses som «særlige grunner», og hvordan hensynet til «familiens enhet» skal vektlegges og forstås. I den forbindelse viser UNE til at hensynet til barnets beste vil ha sentral betydning for hvordan unntaksbestemmelsen blir anvendt.

UNE antar at det i et større antall saker i realiteten vil kunne gå lenger tid enn fire år før fireårskravet blir oppfylt. Dette blant annet fordi det kan ta lang tid før referansepersonen kommer i gang med introduksjonskurset, som følge av at det tar tid å bli bosatt i en kommune. Også lovens krav om heltidsaktivitet mht. utdanning og/eller arbeid kan føre til at det kan gå lenger tid enn fire år før fireårskravet blir oppfylt. Erfaringsmessig har vi sett at heltidskravet, særlig mht. arbeid, kan være utfordrende å oppfylle for denne

gruppen av søkere. Vi antar at denne problematikken vil gjøre seg gjeldende også fremover, sett hen til at gruppen som er omfattet av fireårskravet vil øke i omfang.

5.4.3 Utlendingsloven § 41 annet ledd siste punktum oppheves, samt tilføyelse i fjerde ledd

UNE leser endringene i bestemmelsene som en direkte konsekvens av nytt forslag om at det alltid skal være et krav om fire års aktivitet for referansepersonen også ved familiegjenforening.

5.4.4 Utlendingsloven § 51 nytt tredje ledd

Departementets forslag til denne endringen er inntatt i høringsnotatet både under punkt 7.7 på s. 75 og under det samlede forslaget til lov- og forskriftsendringer på s. 143. Ordlyden i foreslått nytt tredje ledd er imidlertid forskjellig i forslaget omtalt under punkt 7.7, og i forslaget inntatt på s. 143 i høringsnotatet.

Forslaget til nytt tredje ledd omtalt under punkt 7.7 har følgende ordlyd:

«Søknad om familiegjenforening etter bestemmelsene i kapitlet her kan nektes dersom referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge og familiegjenforening eller -etablering er mulig i et land familien samlet sett har sterkere tilknytning til.»

Forslaget inntatt på side 143 har følgende ordlyd:

«Søknad om familiegjenforening kan avslås dersom referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge og familiegjenforening er mulig i et trygt og tilgjengelig land som familien samlet sett har sterkere tilknytning til.»

Etter omstendighetene kommenterer UNE begge forslagene, først enkeltvis og deretter samlet for det som vil gjelde begge forslag.

5.4.4.1 Forslaget til nytt tredje ledd i utlendingsloven § 51 slik det lyder i høringsnotatet punkt 7.7

Forslaget innebærer at en søknad om familiegjenforening kan nektes dersom referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge, og familiegjenforening eller -etablering er mulig i et land familien samlet sett har sterkere tilknytning til. Departementet nevner at dette vil kunne være tilfelle der familien er bosatt i et trygt tredjeland, og at det i slike tilfeller etter omstendighetene vil være mer naturlig at familielivet gjenopptas i vedkommende land enn i Norge.

Ifølge ordlyden i forslaget til nytt tredje i utlendingsloven § 51 kan *søknad* om familiegjenforening etter bestemmelsene i lovens kapittel 6 nektes. Vi antar at departementet her har ment at *tillatelse* kan nektes, jf. høringsnotatet s. 74, hvor departementet foreslår at en søknad om familiegjenforening bør kunne avslås dersom referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge og familiegjenforening er mulig i et land familien samlet sett har sterkere tilknytning til. Dette samsvarer også med utlendingsloven § 51 første og andre ledd, hvor det fremgår at oppholdstillatelse kan nektes på visse vilkår.

«Familiegjenforening» i første setning bør endres til *familieinnvandring* dersom også familieetablering skal kunne nektes.

Det fremgår av ordlyden i forslaget til nytt tredje ledd i utlendingsloven § 51 at det er søknad om familiegjenforening etter bestemmelsene i kapittel 6 det kan være aktuelt å nekte. Ut fra ordlyden i disse bestemmelsene vil det, slik vi ser det, ikke være aktuelt å nekte tillatelse etter samtlige bestemmelser i kapittel 6. Forutsatt at også familieetablering skal omfattes av bestemmelsen, vil det kunne være mest aktuelt å nekte etter bestemmelsene i utlendingsloven §§ 40-49. Det kan være en fordel om departementet klargjør dette i forarbeidene.

Forslaget til nytt tredje ledd i utlendingsloven § 51 omtaler kun «unntak» hvis referansepersonen har permanent oppholdstillatelse. Vi antar at dette også vil gjelde når referansepersonen er norsk statsborger, fordi det ellers vil være en urimelig forskjellsbehandling. Vi foreslår derfor at bestemmelsen omformuleres slik at også dette går klart frem av ordlyden, for eksempel slik:

«Oppholdstillatelse etter kapittelet her kan nektes dersom familiegjenforening eller familieetablering er mulig i et land familien samlet sett har sterkere tilknytning til. Dette gjelder likevel ikke dersom referansepersonen er norsk statsborger eller har permanent oppholdstillatelse i Norge.»

5.4.4.2 Forslaget til nytt tredje ledd i utlendingsloven § 51 slik det er gjengitt på side 143 i høringsnotatet

Forslaget innebærer at en søknad om familiegjenforening kan avslås dersom referansepersonen ikke har permanent oppholdstillatelse i Norge, og familiegjenforening er mulig i et trygt og tilgjengelig land som familien samlet sett har sterkere tilknytning til.

Ifølge ordlyden kan *søknad* om familiegjenforening avslås. Det er uklart om departementet har ment at *tillatelse* kan nektes, jf. departementets forslag til lovendring slik det er omtalt i høringsnotatet punkt 7.7 og våre kommentarer til dette. Ordlyden kan gi inntrykk av at en søknad kan nektes fremmet.

Videre er det ifølge ordlyden snakk om *kun familiegjenforening* og ikke *familieetablering*. Vi anmoder om at departementet klargjør om det er ment at bestemmelsen også skal gjelde familieetablering, jf. departementets forslag til endring under punkt 7.7 i høringsnotatet og våre kommentarer til dette. I utgangspunktet vil det kunne være mer inngripende å nekte familiegjenforening enn familieetablering. «Familiegjenforening» i første setning bør endres til «familieinnvandring» dersom også familieetablering skal kunne nektes.

Forslaget til nytt tredje ledd i utlendingsloven § 51 omtaler kun «unntak» hvis referansepersonen har permanent oppholdstillatelse. Vi antar at dette også vil gjelde når referansepersonen er norsk statsborger, da det ellers vil være en urimelig forskjellsbehandling. Vi foreslår derfor at bestemmelsen omformuleres slik at også dette går klart frem av ordlyden, for eksempel slik:

«Oppholdstillatelse etter bestemmelsene om familiegjenforening kan nektes dersom familiegjenforening er mulig i et trygt og tilgjengelig land som familien samlet sett har sterkere tilknytning til. Dette gjelder likevel ikke dersom referansepersonen er norsk statsborger eller har permanent oppholdstillatelse i Norge.»

Høringsnotatet er ikke så utfyllende mht. nye problemstillinger som vil kunne oppstå. Det er ikke nærmere presisert hva som menes med «et trygt og tilgjengelig land». Det kan være en fordel at departementet klargjør dette. Det kan også være en fordel at departementet sier noe om når utlendingsmyndighetene bør (eller ikke bør) benytte sin kompetanse etter bestemmelsen.

5.4.4.3 Felles kommentarer

Vi foreslår at departementet sier noe om hva som skal til for at familieinnvandring skal være «mulig» i et tredjeland. Må for eksempel personen i Norge være sikret oppholdstillatelse i dette tredjelandet, eller er det tilstrekkelig at man kan *søke* om familieinnvandring? I hvilken grad må norsk utlendingsforvaltning undersøke og/eller vurdere om vilkårene for slik tillatelse er oppfylt etter et annet lands rett?

Vi vil også påpeke at en konsekvens av den foreslåtte endringen i utlendingsloven § 51 kan bli at personer mister rettigheter hva gjelder arbeid, skole, med mer. Det vil trolig kunne dukke opp spørsmål om dette er i tråd med internasjonale konvensjoner, spesielt dersom det dreier seg om norske statsborgere i familien, og da særlig barn.

En annen mulig konsekvens av den foreslåtte endringen kan tenkes å bli at spesielt personer med en arbeids- eller studietillatelse som gir grunnlag for oppholdstillatelse for familiemedlemmer, i stor grad vil kunne bli avskåret fra familieinnvandring. Dette fordi disse familiene ofte, samlet sett, vil ha sterkere tilknytning til et annet land enn Norge. Dette kan igjen medføre at flere søker beskyttelse i Norge enn familiegjenforening på ordinær måte.

5.4.5 Utlendingsloven § 58 annet ledd oppheves

Bestemmelsen står i utlendingsloven kapittel 7 som gjelder allmenne regler om oppholdstillatelse, og gjelder således generelt for oppholdstillatelser etter loven med de unntak som følger av utlendingsloven § 54. Når unntaket fra krav til underhold og bolig for flyktninger med rett til oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 28 og personer som har vern etter utlendingsloven § 73 er foreslått opphevet, vil hovedregelen etter utlendingsloven § 58 første ledd om krav til underhold og bolig også gjelde for disse gruppene. UNE stiller

spørsmål ved om dette er en tiltenkt endring fra departementets side, eventuelt om unntak for disse personene skal fremgå et annet sted i regelverket.

UNE påpeker at nevnte opphevelse av utlendingsloven § 58 annet ledd ikke fremgår i kapittelet «Samlet forslag til lov- og forskriftsendringer» s. 140 flg.

5.4.6 Utlendingsforskriften § 10-8 fjerde ledd, jf. femte ledd

UNE leser endringene i bestemmelsene som en direkte konsekvens av nytt forslag om at det alltid skal være et krav om underhold for referanseperson som er flyktning og som søker om familiegjenforening.

6. Høringsnotatet kapittel 8. Skjerpede krav for permanent oppholdstillatelse

6.1 Vilkår om selvforsørgelse

Departementet har ikke kommet med konkrete forslag til hvordan dette vilkåret skal presiseres i utlendingsforskriften, men har antydnet at det bør kunne tas utgangspunkt i gjeldende §§ 10-7 flg., som utdyper hva som anses som underhold etter utlendingsloven § 58. Det er viktig at innholdet i kravet om selvforsørgelse blir så klart og forutsigbart som mulig. Dagens regler om underhold er omfattende, og det vil være en fordel om vilkåret om selvforsørgelse ikke blir like omfattende.

Når det gjelder tidsperioden kravet retter seg mot, «de siste tre årene», legger UNE til grunn at dette skal tolkes på samme måte som oppholdstidsvilkåret i utlendingsloven § 62 første ledd.

6.2 Forslag til lovendring

UNE har merket seg at ordlyden i forslaget presentert i høringsnotatet punkt 8.3.5 visse steder ikke er helt samsvarende med presentasjonen avslutningsvis i punktet «Samlet forslag til lov- og forskriftsendringer». Mange av ulikhetene er, slik UNE ser det, bare språklige nyanseforskjeller uten innvirkning på innholdet.

Når det gjelder punktet «Samlet forslag til lov- og forskriftsendringer», har UNE videre merket seg at departementet har lagt opp til heving av oppholdstidskravet fra tre til fem år. Dette er i tråd med tidligere høringsbrev 27.mars 2015 og tilhørende høringsnotat. I det tidligere høringsnotatet ble det også foreslått en endring av utlendingsloven § 62 første ledd bokstav a (periode for vurdering av utenlandsopphold) fra tre til fem år, i tråd med hevingen av oppholdstidskravet. Dette synes ikke å være fulgt opp i det nye forslaget til lovendring.

Punkt 6.3 i departementets høringsnotat omhandler forslag til nytt annet ledd i utlendingsloven § 62. UNE viser til pkt. 4.3.2, hvor departementets forslag til nytt annet ledd i utlendingsloven § 62 er nærmere kommentert.

7. Høringsnotatet kapittel 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

7.1 Betydningen av vedtaket i beskyttelsessaken

UNE mener at vilkåret «når en utlending er nektet realitetsbehandling av sin asylsøknad» i forslaget til ny bokstav f i utlendingsloven § 66 første ledd fremstår som praktisk anvendelig for forvaltningen og forutsigbart for utlendingen, forutsatt at hjemmelshenvisningen og den konkrete begrunnelsen for å nekte realitetsbehandling etter aktuelt alternativ i utlendingsloven § 32 (første ledd a eller d) er i tråd med forvaltningsloven §§ 24 og 25.

Forslagets ordlyd for øvrig har vi ikke spesielle kommentarer til.

Vi presiserer for ordens skyld at det er avslag på (realitetsbehandling av) søknaden om beskyttelse som medfører utreiseplikt i disse tilfellene, uavhengig av om utlendingen blir utvist, mens virkningen av et eventuelt utvisningsvedtak er at utlendingen blir ilagt et innreiseforbud. I forlengelsen av dette vil spørsmålet om utsatt iverksetting i tilfelle primært bli ivaretatt i beskyttelsessaken.

Her som ellers er det et grunnleggende, nødvendig premiss for vedtak om utvisning at det ikke foreligger feil av betydning i det faktiske utvisningsgrunnlaget. Endringer som innebærer at retten til fritt rettsråd uten behovsprøving er fjernet for klage over avslag etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a eller d har allerede trådt i kraft (8. desember 2015). Disse endringene kan føre til færre klager over slike avslag, med den rettslige konsekvens at UDIs vedtak blir stående som endelig. Kvaliteten på saksbehandlingen og vedtaket i beskyttelsessaken i første instans vil da kunne få større betydning for utvisningssaken enn hvis utlendingen hadde hatt et ubetinget krav på fritt rettsråd ved klage i beskyttelsessaken.

7.2 Formålet med bestemmelsen

I hvilken grad en utvisningsbestemmelse som den departementet foreslår vil «bidra til at færre personer uten reelt beskyttelsesbehov søker asyl [beskyttelse] i Norge», jf. høringsnotatet pkt. 9.3 annet avsnitt, vil blant annet kunne avhenge av

- i hvilken grad utlendinger som vurderer å søke beskyttelse her er kjent med bestemmelsen, og
- om risikoen for vedtak med (ett års) innreiseforbud i tilfelle svekker den enkeltes motivasjon for å reise til Norge.

Videre vil den ønskede effekten kunne bero på i hvor stor utstrekning en slik utvisningshjemmel faktisk blir benyttet.

7.3 Systematisk plassering av bestemmelsen i loven

UNE ser også grunn til å kommentere den systematiske plasseringen departementet har lagt opp til.

Departementet har plassert forslaget til ny bestemmelse i en ny bokstav f i utlendingsloven § 66 første ledd. Samtidig har departementet i høringsnotatet pkt. 9.3 tredje avsnitt uttalt at en utvisningsadgang som foreslått «vil dessuten gjennomføre forpliktelsene etter returdirektivet artikkel 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.» I høringsnotatet pkt. 9.3 fjerde avsnitt har departementet blant annet vist til at utvisning med innreiseforbud er et inngripende tiltak og ikke bør benyttes i større utstrekning enn behovet til enhver tid tilsier,

og at det derfor, utenfor rammen av returdirektivet artikkel 11, bør være overlatt til forvaltningens skjønn å avgjøre om det skal treffes vedtak om utvisning.

UNE viser til at de utvisningsalternativene som tidligere er innført for å gjennomføre forpliktelser etter EUs returdirektiv er plassert i utlendingsloven § 66 *annet* ledd. Nettopp av hensyn til kravene etter returdirektivet er annet ledd utformet som en «skal»-bestemmelse, men fremdeles med den begrensning at utvisningen ikke skal være et uforholdsmessig tiltak.

UNE understreker at det er gjennom rettsanvendelsesskjønnet i forholdsmessighetsvurderingen etter utlendingsloven § 70 at hensynet til utlendingen og eventuelle nærmeste familiemedlemmer i dag ivaretas i saker etter §§ 66-68. Utlendingsloven § 70 gjelder både etter første og annet ledd i § 66. Individuelle forhold som taler for at utlendingen ikke utvises, dvs. ikke får et innreiseforbud i tillegg til utreiseplikten som følger av avslått realitetsbehandling i beskyttelsessaken, skal og vil bli vurdert i forholdsmessighetsvurderingen.

Forskjellen på en adgang til å fatte vedtak om utvisning («kan») og en plikt til å fatte vedtak om utvisning («skal») når vilkårene er oppfylt, har dermed liten realitet i praksis. En tilsvarende erfaring ga for øvrig Oslo politidistrikt uttrykk for i høringsvaret om utlendingsloven § 66 annet ledd, jf. Prop. 3 L (2010-2011) kapittel 9.4. Politidistriktet argumenterte der for at en «skal»-regel får begrenset rekkevidde når den sidestilles med forholdsmessighetsvurderingen. Politidistriktet uttalte at «Vi har til gode å se at utlendingsforvaltningen ikke fatter et vedtak om utvisning der de objektive vilkårene for utvisning er til stede, og forholdsmessighetsvurderingen ikke er til hinder for utvisning.»

UNE viser også til at departementet knytter ønsket om en skjønnsadgang til «om det skal treffes vedtak om utvisning» og ikke for eksempel «om det skal opprettes sak om utvisning». Det synes derfor ikke som den foreslåtte plasseringen i § 66 første ledd og ikke § 66 annet ledd er ment å være førende med hensyn til i hvor stor grad det *opprettes* sak om utvisning etter den nye bestemmelsen.

På bakgrunn av at den nå foreslåtte § 66 første ledd ny bokstav f, i tillegg til den ønskede forebyggende effekten også skal «gjennomføre forpliktelsene etter returdirektivet artikkel 11 nr. 1 første ledd bokstav a», reiser UNE derfor spørsmålet om den nye regelen bør vurderes plassert i utlendingsloven § 66 *annet* ledd i stedet for første ledd slik departementet har foreslått. Dette ut fra hensynet til lovens systematikk og sammenhengen i reglene om utvisning. Vi viser i så måte også til at departementet i de spesielle motiver til § 66 annet ledd i Prop. 3 L (2010-2011) kapittel 14 blant annet uttalte at «bestemmelsen gjennomfører returdirektivet artikkel 11 (1) (a) og (b)», altså blant annet samme alternativ i artikkel 11 som forslaget her vil gjennomføre forpliktelsene etter.

8. Høringsnotatet kapittel 10. Endringer i saksbehandlingsregler mv.

8.1 Redusert klagefrist

8.1.1 «Åpenbart grunnløs». Generelle betraktninger

Departementet foreslår redusert klagefrist ved «åpenbart grunnløse asylsøknader». Vurderingen av hva som er «åpenbart grunnløs» er ikke nødvendigvis enkel. Mange søknader er grunnløse uten å være «åpenbart grunnløse». Slik departementet også fremhever, beror dette på konkrete vurderinger. At en asylsøknad anses som åpenbart grunnløs vil ha betydning i flere sammenhenger;

- for UDIs beslutning om asylvedtaket kan iverksettes før det er endelig (utlendingsloven § 90 fjerde ledd bokstav c)
- for om det kan settes kortere utreisefrist enn syv dager, eller unnlates å sette utreisefrist (utlendingsloven § 90 femte ledd bokstav b)
- som grunnlag for utvisning (utlendingsloven § 66 annet ledd bokstav b)

- etter departementets forslag: om klagefristen blir en uke (forslag til ny bestemmelse i utlendingsloven § 94 a)

Fastsettelse av utreisefrist og utsatt iverksetting er beslutninger og ikke enkeltvedtak, og kan derfor ikke påklages. Fastsettelse av klagefrist er heller ikke et enkeltvedtak, men en avvisning av klage fremsatt etter klagefristens utløp vil være det.

Det kan være en fordel om det står noe mer i lov eller forskrift om hva som skal kunne regnes som en «åpenbart grunnløs» søknad, både av hensyn forutberegnelighet og effektiv saksavvikling. Fra tid til annen viser det seg at vilkåret er noe vanskelig å praktisere. De typetilfellene som er fremhevet i høringsnotatet pkt. 10.2.1.4 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) pkt. 17.3.2.4, slik som manglende asylansørsler og uriktig identitet, byr ikke på særlige problemer. Derimot kan det by på utfordringer å vurdere blant annet tilfeller hvor det kan være aktuelt å henvise en asylsøker til internflukt.

8.1.2 Forslag til ny bestemmelse i utlendingsloven § 94 a

Forslaget om én ukes klagefrist i visse saker er begrunnet i et ønske om å fremskynde og effektivisere saksbehandlingsprosessen i UDI og UNE. Forslaget vil i utgangspunktet fremskynde saksbehandlingen med opptil to uker. UNE er i utgangspunktet positiv til å effektivisere prosessene for å ferdigstille slike saker. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om kortere klagefrist vil fremskynde prosessen totalt sett, da man ikke kan se bort fra at kvaliteten på klagen i noen tilfeller kan påvirkes av kort klagefrist. Godt opplyste klager vil alltid være en fordel når UNE skal ta stilling til en sak.

UNE tilføyer at hensynet til kostnader og dagens kapasitet i mottakssystemet neppe har særlig betydning. Disse asylsøkerne vil jo forutsetningsvis ha forlatt Norge når klagen blir behandlet som følge av at utsatt iverksetting ikke gis i slike saker. Det er derfor nærliggende å si at det ikke er nødvendig med en kortere klagefrist. UNE antar at mange som ønsker å klage, uansett vil ha gjort det raskt, og før avreisen fra Norge.

8.2 Redusert rett til fritt rettsråd

8.2.1 Generelt om bruken av begrepet «avvisningssaker»

UNE mener at departementets bruk av begrepet «avvisningssaker» for saker etter utlendingsloven § 32 er uheldig. Begrepet kan være misvisende: «Avvisning» kan oppfattes slik at utlendingsmyndighetene helt avskjærer muligheten til å søke beskyttelse. Gjeldende regel gjelder saker om hvorvidt en søknad om beskyttelse skal undergis realitetsbehandling eller ikke. Begrepet «avvisning» bør unngås i omtalen og i forslag til nye lovbestemmelser som direkte omtaler disse sakene, jf. Ot.prp.nr. 75 (2006 – 2007) punkt 6.3.4.

8.2.2 Redusert rett til fritt rettsråd i saker etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav b og c, særlig i Dublin-saker

Departementet foreslår å fjerne retten til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav b og c. Forslaget er begrunnet med et ønske om å effektivisere saksbehandlingen i slike saker. Videre kan departementet ikke se at fritt rettsråd her er påkrevd ut fra rettssikkerhetshensyn på samme vis som ved klage over avslag på asylsøknad etter realitetsbehandling, fordi avslaget ikke vil innebære retur til hjemlandet, men til et tredjeland som er vurdert som trygt.

Ifølge artikkel 27 i Dublin III-forordningen skal søkeren sikres tilgang til rettshjelp ved klage på vedtak om overføring. Det følger av fortalen avsnitt 19 at retten til effektivt rettsmiddel bør gjennomføres i tråd med EUs Charter om grunnleggende rettigheter artikkel 47. Klagebehandlingen bør, i tillegg til å omfatte en vurdering av anvendelse av Dublin III-forordningen, også inkludere den rettslige og faktiske situasjonen i den medlemsstaten søkeren risikerer å bli sendt til.

Etter Dublin-regelverket og EMDs praksis er det enkelte medlemsland individuelt ansvarlig for å forsikre seg om at internasjonale menneskerettslige normer ikke blir brutt når en asylsøker blir returnert til et annet Dublin-land. I denne sammenheng er det særlig viktig å se hen til EMDs domspremissene i M.S.S.–dommen fra 2011, som gjaldt retur av en asylsøker fra Belgia til Hellas, og storkammeravgjørelsen fra 2014 i Tarakhel mot

Sveits, som gjaldt retur av en barnefamilie fra Sveits til Italia. EMDs rettspraksis bekrefter at retur til enkelte medlemsstater til tider kan innebære risiko for brudd på EMK artikkel 3. Det kan være at asylsøkere ikke er sikret tilstrekkelig adgang til asylprosedyre på en forsvarlig måte, og dermed kan risikere retur til hjemlandet uten at deres sak har blitt forsvarlig behandlet, og/eller fordi mottaksforholdene har alvorlige mangler. Selv om mange Dublin-saker i utgangspunktet kan være enkle, kan også slike saker i praksis være krevende å behandle, noe som tilsier rettsråd uten behovsprøving.

Juridisk bistand kan i enkelte saker være viktig for å sikre at utlendingsmyndighetene blir opplyst om relevante individuelle forhold, og slik bidra til korrekte vedtak. Videre kan juridisk bistand bidra til identifisering og oppfølging av spesielt sårbare søkere (for eksempel personer med alvorlige psykiske lidelser eller ofre for menneskehandel).

UNE opplever økte utfordringer knyttet til vurderingene i en del Dublinsaker, både når det gjelder individuelle forhold og generelle forhold rundt asylprosedyrer og mottaksforhold i land som er knyttet til Dublin-samarbeidet. Og fra tid til annen vurderer UNE og UDI forholdene for asylsøkere i et annet medlemsland ulikt. Hvis retten til fritt rettsråd blir begrenset, vil det få betydning både for effektiviteten i UNE og resten av utlendingsforvaltningen, og for den enkeltes rettssikkerhet. Denne gruppen har som hovedregel ikke kunnskaper i norsk eller engelsk. Det dreier seg også om en gruppe som i liten grad har et nettverk i Norge som kan bistå med klageutforming. Man kan derfor forvente at klager blir levert på et annet språk enn norsk eller engelsk. Dersom retten til fritt rettsråd blir videreført, vil det innebære at forvaltningen mottar klager på norsk.

Forslaget innebærer at søkeren blir henvist til å søke om fritt rettsråd etter behovsprøving etter regler om uprioriterte saker i rettshjelploven § 11 tredje ledd. En ordning med behovsprøving gir ikke noen garanti for at fritt rettsråd blir innvilget. Søkeren vil også kunne kreve sakskostnader dekket etter reglene i forvaltningsloven § 36. Men dette er avhengig av at vedtaket endres til gunst for klageren. Etter Dublin III-forordningen artikkel 27 skal rettshjelpen i utgangspunktet være gratis dersom søkeren selv ikke kan dekke utgiftene, med mindre den kompetente myndigheten eller en domstol eller et domstollignende organ anser at klagen eller overprøvingen ikke har noen reelle utsikter til å føre frem. Bestemmelsen stiller også en rekke andre krav i de tilfeller det ikke ytes gratis juridisk bistand og juridisk representasjon, jf. artikkel 27 nr. 6.

Dublin III-forordningen forutsetter at søkeren faktisk har mulighet både til å søke om og til å benytte seg av fri rettshjelp dersom dette blir innvilget. Det er flere forhold som ikke er omtalt i høringsnotatet, og som kan få konsekvenser for søkeres faktiske tilgang til fri rettshjelp:

- Det fremgår ikke av høringsnotatet om det er fylkesmannen, UDI eller UNE som er tenkt å ta stilling til om søkeren vil få dekket juridisk bistand. Dersom det er fylkesmannen, må dette organet også ta stilling til om klagen eller overprøvingen av overføring til en annen medlemsstat har reelle utsikter til å føre frem. Fylkesmannen har i utgangspunktet ikke kunnskap om dette saksområdet, inkludert forholdene i andre medlemsstater.
- Hvem skal informere søkerne om denne rettigheten, og hvem skal bistå dem i å fremme søknad om fri rettshjelp?
- Saksbehandlingstid og søknadsprosedyre: Vil søkeren være sikret å få sin søknad om fri rettshjelp behandlet før han/hun eventuelt blir uttransportert? Skal det søkes om dekning av advokatkostnader i forkant eller etterkant?
- Dersom advokater ikke får dekket sine kostnader i forkant av oppdraget, kan dette føre til at flere advokater vegrer seg for å påta seg slike oppdrag.
- Hvem er ansvarlig for å formidle vedtaket til søkeren?

Det store flertallet asylsøkere vil antakelig ikke ha tilstrekkelige midler til å dekke utgifter til advokat selv, og vil kunne søke om fri rettshjelp. Det blir da et spørsmål om søkere vil få reell tilgang til rettshjelp, og om ordningen vil være i tråd med formålet med Dublin III-forordningen artikkel 27. Videre setter UNE spørsmålsteget ved effektiviteten og kostnadsbesparelsen i å gi Fylkesmannen (antar vi) ansvar for å bistå søkere med søknadsprosessen for fritt rettsråd og formidlingen av vedtaket. En slik ordning krever tolk/oversettere. Mange vil også trenge bistand til å skrive søknaden til Fylkesmannen.

Hvis de foreslåtte begrensningene i tilgangen til fri rettshjelp blir gjennomført, vil det også kunne føre til at sakene blir dårligere opplyst, noe som igjen vil gi en mindre effektiv forvaltning. Ved høye ankomsttall og stort press på Politiets utlendingsenhet (PU) ved registrering av asylsøknader, vil det oftere være behov for å opplyse sakene ytterligere. Ifølge Dublin III-forordningen artikkel 4 og 5 har norske utlendingsmyndigheter plikt til både å gi og innhente informasjon. Utlendingsforvaltningen skal også påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes, forvaltningsloven § 17. Det er en klar praktisk fordel at en asylsøker har juridisk bistand når utlendingsforvaltningen skal overholde sin plikt til å opplyse saken, innhente informasjon og overholde informasjons- og veiledningsplikten. UNE antar at det derfor i større grad vil måtte gis utsatt iverksetting, med mulig merarbeid og omkostninger i alle ledd i forvaltningen, for å sørge for at forvaltningens plikter er tilstrekkelig ivaretatt. Dersom klagere ikke får fri rettshjelp, er dessuten UDI og PU forpliktet til både å gi informasjon i tråd med kravene i Dublin III-forordningen, og deretter informasjon om hvor klageren kan henvende seg for å få juridisk bistand. Dessuten vil PU måtte underrette parten om vedtaket, og eventuelt gi veiledning.

Etter Dublin-forordningen artikkel 27 skal en asylsøker innen *rimelig frist* ha muligheten til å anmode en domstol eller et domstollignende organ om å utsette iverksettingen av vedtaket om overføring inntil resultatet av klagen eller overprøvingen foreligger. I Norge er retten til å begjære utsatt iverksetting regulert i utlendingsloven § 90, og fristen i Dublin-saker er 48 timer. En søker uten nødvendige språkkunnskaper, kunnskaper om det norske asylsystemet eller tilgang til fri rettshjelp, må altså selv begjære utsatt iverksetting innen 48 timer. I UNE opplever vi at selv drevne advokater på utlendingsfeltet har problemer med å overholde denne fristen. En redusert rett til fritt rettsråd kan tilsi at fristen for å begjære utsatt iverksetting bør bli lenger enn 48 timer, slik at parten får tilstrekkelig mulighet til å ivareta sitt tarv.

Under pkt. 10.3.3.3 om FNs barnekonvensjon har departementet omtalt enslige mindreårige asylsøkere. Men departementet har verken her eller i pkt. 10.3 for øvrig nevnt barn som følger med foreldre som søker beskyttelse. Hensynet til barnets beste, jf. Grunnloven § 104 annet ledd og barnekonvensjonen artikkel 3, må ivaretas i tilstrekkelig grad når det gjelder endringer av betydning for de reelle klagemulighetene for barn og deres omsorgspersoner.

Vi foreslår at departementet vurderer en ordning som sikrer rettshjelp uten behovsprøving for i det minste enkelte grupper av søkere der de rettssikkerhetsmessige utfordringene er størst.

8.3 Utsatt iverksetting

Hovedregelen etter forslaget er at vedtak om «avvisning» etter § 32 (formelle vedtak) kan iverksettes straks uten at det settes en frist for å begjære utsatt iverksetting. Unntak kan gjøre hvis «særlige forhold» tilsier det. Høringsnotatet fremhever på s. 107 at klageren har en klage som er «rimelig begrunnet» - en «*arguable claim*» - av hensyn til EMK artikkel 13 (retten til et effektivt rettsmiddel). Spørsmålet for UNE er i første rekke om det er heldig at man ikke får prøvd forhold rundt returvern (utlendingsloven § 73) før utsendelse i disse sakene, i det minste i form av en beslutning etter en begjæring om utsatt iverksetting. En unnlattelse av å sette frist for en slik begjæring bryter med praksis i for eksempel utvisningssaker hvor en utlending ikke har oppholdsrett i Norge. Etter det UNE kjenner til, gis det i slike saker en frist (gjerne veldig kort, kun få timer timer) for utsatt iverksetting. Videre er det vanskelig å se for seg hvordan UDI i vedtaket på forhånd kan si noe om en eventuell *klage* er «rimelig begrunnet».

UNE mener at bestemmelsen om «iverksetting straks» uansett ikke bør omfatte enslige mindreårige asylsøkere, som jo regnes som særlig sårbare. Slike saker bør følge samme spor som Dublin-saker.

Det videre spørsmålet er hvordan man skal forstå og anvende unntaksbestemmelsen om «*særlige forhold*» for å sette en frist for å begjære utsatt iverksetting. Hvis forslaget opprettholdes, vil det være en fordel om både lovteksten og forarbeidene gi mer veiledning mht. hva som skal utgjøre slike «*særlige forhold*».

Det er også et spørsmål om *hvilken instans* som bør ta stilling til spørsmålet om returvern (gjennom å vurdere en begjæring om utsatt iverksetting). Forslaget bygger på at UNE normalt ikke skal ta del i noen av vurderingene i § 32-saker mens asylsøkerne er i Norge, med unntak av Dublin-sakene. Hvis avslagene virkelig iverksettes straks, kan den senere klagebehandlingen bli illusorisk. En klager uten nærmere kontaktinformasjon som alt er uttransportert, vil ha liten glede av et eventuelt positivt klagevedtak.

Det har forekommet at beslutningstakerne i UNE er uenig i UDIs vurdering rundt spørsmålet om returvern. Rettssikkerheten vil derfor etter UNEs syn være bedre hvis unntaksbestemmelsen utformes slik at UNE, og ikke UDI, må ta stilling til en begjæring om utsatt iverksetting. Dette vil være mer i tråd med prosedyren i Dublin-saker. Vi kan ikke se at den rettslige eller faktiske situasjonen for asylsøkere som omfattes av utlendingsloven § 32 første ledd bokstav d nødvendigvis er bedre enn situasjonen for asylsøkere fra Dublin-området. Det motsatte kan lett være tilfellet. Endringsforslaget må for øvrig sees i sammenheng med at adgangen til fritt rettsråd uten behovsprøving allerede er fjernet for noen, og foreslått fjernet for andre søkere. Uten advokat vil utlendingsmyndighetene kunne få svekket muligheten til å fange opp sårbare individer, for eksempel ofre for menneskehandel.

Før den store tilstrømningen i siste halvdel av 2015 var normalsituasjonen at de fleste sakene UNE avgjorde etter utlendingsloven § 32 var Dublin-saker (§ 32 første ledd bokstav b), mens bare et fåtall saker - 12 i første halvår 2015 - var knyttet til § 32 første ledd bokstav d.

Utlendingsloven § 90 fjerde ledd bokstav c har ellers ordlyden «vilkårene for opphold etter §§ 28 eller 73 åpenbart ikke er oppfylt». Denne ordlyden bør endres dersom departementets forslag til §§ 28-28c blir vedtatt. Departementet kan for øvrig benytte anledningen til å rette en feil i någjeldende § 90 annet ledd tredje punktum. Det står i dag «anser søknaden åpenbar grunnløs». Dette bør endres til «anser søknaden åpenbart grunnløs».

9. Høringsnotatet kapittel 11. Identitetsavklaring – biometri

Det er en stor utfordring for utlendingsforvaltningen at mange som søker om beskyttelse har uavklart identitet.

Departementets forslag om mer bruk av biometri (fotografi og fingeravtrykk) vil være et nyttig verktøy i saksbehandlingen. Det forekommer blant annet at enkelte oppgir ny identitet under klagebehandlingen eller i forbindelse med anmodning om omgjøring. I noen tilfeller blir det fremlagt ID-dokumenter på begge identiteter.

Departementets eksempler tydeliggjør hvilke utfordringer utlendingsmyndighetene står overfor. Med en oppholdstillatelse i Norge følger rettigheter og plikter, og identitetsvurderingen i en utlendingssak brukes av mange etater. Personopplysninger blir automatisk overført fra DUF til Det sentrale folkeregisteret. Det betyr at den identiteten som er registrert i DUF også er den identitet klageren blir registrert med hos andre etater som henter opplysninger fra DUF.

Nasjonalt ID-senter anbefalte i sin evalueringsrapport om ID-arbeidet i utlendingsforvaltningen at fingeravtrykk blir lagret så lenge personen oppholder seg i Norge, eller 5 år etter at personen har meldt utvandring.

10. Høringsnotatet kapittel 12. Behovet for overgangsregler – forholdet til Grunnloven § 97

Departementet legger til grunn at endringer i reglene om permanent oppholdstillatelse må kunne gis anvendelse for alle som ennå ikke har permanent oppholdstillatelse. Slik UNE tolker dette vil regelendringene/innstramningene gjelde både de som allerede har en sak til behandling hos UDI, og de som har fått avslag av UDI og har en klagesak til behandling hos UDI/UNE. Vi foreslår at departementet vurderer overgangsregler for søkere som har en klagesak til behandling og har søkt på någjeldende premisser.

11. Høringsnotatet kapittel 13. Økonomiske og administrative konsekvenser

UNE vil fremheve at det er vanskelig å si noe om hvorvidt de foreslåtte endringene vil få betydning for UNEs sakstilfang i den ene eller annen retning. Det er også vanskelig å si noe om hvor mange årsverk det vil medføre for UNE å tilpasse systemer, maler og øvrige dokumenter til de foreslåtte endringene. Nedenfor vil vi si noe om hvilke økonomiske og administrative konsekvenser vi ser for oss.

11.1 OVAK

Regelendringene som foreslås innebærer at UNE må sette av ressurser til å oppdatere det juridiske kodeverket i OVAK. Kodeverket i OVAK benyttes i forbindelse med saksbehandlingen i DUF. UNE estimerer at arbeidet vil kreve 15 dagsverk. I tillegg vil det kreve 5 dagsverk å oppdatere rutinebeskrivelser mm.

11.2 INKA

INKA leverer det meste av statistikk og rapporter fra UNE. Endringer i lovverket krever endringer i en referansetabell for hjemler, som brukes flere steder i systemet. Regelendringer som foreslått vil medføre at denne referansetabellen må oppdateres, funksjonalitet for skillemåte i bruk av hjemler må implementeres, og tidligere data må ryddes og vaskes. Det er også noen få tilfeller av hardkodet lovdata i systemet som må finnes, redefineres og kodes om.

Erfaringsmessig vil en slik endring kreve anslagsvis ett dagsverk i ren utvikling, og tilsvarende i kravspesifisering.

I tillegg kommer nyutvikling og manuelt analysearbeid som vil være nødvendig for å levere tall rundt effekten av lovendringene. Erfaringsmessig er dette ofte tunge analyser som krever flere dagsverk for hver analyse. Til sammenligning brukte UNE i 2015 rundt 90 dagsverk for å ta ut analyser knyttet til lengeværende barnporteføljen.

11.3 Praksisbasen

Praksisbasen som er i bruk internt i UNE, og tilgjengelig eksternt med anonymiserte data, vil også bli påvirket dersom lovendringene blir vedtatt. Søk på hjemler i praksisbasen vil ikke gi et riktig bilde på tvers av en eventuell skillemåte for endringene. Det betyr at vi vil måtte opprette en ny base med et tilsvarende søk som for den eksisterende – både for interne og eksterne brukere.

Vi antar at behovet for praksisbasen vil øke i en periode etter lovendringen, ettersom advokater vil være spesielt interessert i å lese praksis etter lovendringer. Vi anslår at dette arbeidet vil kreve ca. fire ukers ren utvikling. I tillegg kommer kravspesifisering, test og innholdsproduksjon. Dette anslaget er høyst usikkert. Den tekniske løsningen er allerede utdatert, og det er ikke ønskelig å investere mye i eksisterende løsning. UNE vil derfor søke å finne alternative løsninger, men har ikke gjort noen inngående analyse av mulighetene.

11.4 UNEtt og une.no

Når det gjelder UNEtt, som er UNEs intranett og sted for interne retningslinjer og rutiner, vil det meste av endringene være endringer i innhold, som beskrevet i pkt. 11.6. Tekniske endringer i metadata og webdeler vil være mulig å håndtere gjennom ordinær systemforvaltning. Det samme gjelder une.no, der eksterne brukere kan finne informasjon om regelverk og lover.

11.5 Malutvikling

UNEs vedtaksmaler vil måtte revideres. Vi antar at dette vil være et omfattende arbeid, og vi anslår at vi må sette av 70 dagsverk.

11.6 Interne retningslinjer, rutinebeskrivelser og faglige veiledere

UNE vil måtte endre sitt internregelverk dersom lovendringene blir vedtatt. Vi antar at en person i UNE i de kommende månedene etter lovendringen må jobbe på heltid med dette. Det er ikke mulig å gjøre et mer presist anslag.

11.7 Opplæring

De ansatte, særlig i kjernevirksomheten, må få noe opplæring i de nye reglene. Hvor mye tid som vil gå med til dette, er det vanskelig å si noe om nå.

11.8 Sakstilfang og avgjørelsesform

De foreslåtte lovendringene kan føre til at flere saker vil bli brakt inn for domstolene, med de konsekvenser det vil få for ressursbruken både der og i UNE. Vi går ikke nærmere inn på dette her.

Enkelte endringsforslag tilsier at det vil bli behov for praksisavklaring i nemndmøter. Slik praksisavklaring vil kunne innebære lengre saksbehandlingstid særlig i en overgangsperiode. Vi viser blant annet til at når utlendingsforvaltningen i dag er usikker på om utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a eller b er riktig hjemmel for tillatelsen, spiller det liten rolle for parten hva man faller ned på. Vi har tidligere anbefalt bokstav a i tvilstilfeller. Dersom departementets forslag skulle bli vedtatt, slik at retten til anerkjennelse som flyktning bortfaller i «bokstav b-tilfellene», får forskjellen større betydning.

Departementet foreslår at det blir innført et underholdskrav på et tidligere tidspunkt i saker for familiemedlemmer til flyktninger enn etter gjeldende regelverk. Departementet foreslår dessuten et fireårskrav for denne gruppen. Også disse forslagene vil kunne innebære at saksbehandlingen blir mer ressurskrevende, særlig ved at det kan bli behov for å avholde nemndmøter for å vurdere om unntakshjemlene i utlendingsloven §§ 40 a nytt annet ledd og 51 nytt tredje ledd bør komme til anvendelse.

Noen flere mulige konsekvenser av endringsforslagene omtales nærmere nedenfor.

11.8.1 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 5

De økonomiske konsekvensene av endringene som er foreslått i kapittel 5 i høringsnotatet, avhenger av i hvilken utstrekning departementet beslutter at regelverket gis virkning. I perioder med grensekontroll antar vi at UNE ikke vil motta klagesaker fra den perioden grensekontrollen gjelder. Dersom regelverket for eksempel gis virkning også ved stikkprøvekontroll, vil antallet klagesaker gå ned, men det er vanskelig å si noe om hvilken virkning dette vil få for UNEs saksmengde.

11.8.2 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 6

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

Ved at tillatelse gis for ett år av gangen, og behovet for beskyttelse skal vurderes på nytt ved fornyelse, antar vi at det vil finne sted en markert økt ressursbruk i utlendingsforvaltningen for hver enkelt utlending som i første omgang fyller vilkårene for en tillatelse. Videre vil en økt bruk av muligheten til å tilbakekalle tillatelser

etter utlendingsloven § 37 første ledd bokstav e generere flere saker. Vi viser også til det vi har sagt i pkt. 11.8.

11.8.2.4 Fornytt vurdering ved fylte 18 år for enslige mindreårige asylsøkere

Et krav om fornytt vurdering av beskyttelsesbehovet ved fylte 18 år vil kunne medføre flere avslag og flere klagesaker til UNE. Ettersom enslige mindreårige asylsøkere (EMA) i dag utgjør en relativt stor søkergruppe, kan det dreie seg om et betydelig antall klagesaker. Men skulle antallet EMA synke som følge av lovendringen, vil antallet klagesaker naturligvis synke tilsvarende.

Lovforslaget innebærer generelt at det vil bli gitt tillatelser av kortere varighet, og at det vil bli behov for hyppigere vurdering av behovet for beskyttelse, blant annet for EMA. Dette vil trolig medføre flere avslag og dermed flere klagesaker. Men hvor mange, er umulig å anslå. Vi kan ikke forskuttere hvordan UDI f.eks. vil vurdere beskyttelsesbehovet for tidligere EMA ved fylte 18 år.

11.8.3 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 7

11.8.3.1 Utlendingsloven § 40 a nytt annet ledd og § 51 nytt tredje ledd

Den foreslåtte innstramningen vil kunne føre til at unntaket i § 40 a nytt annet ledd om «særlige grunner» vil bli påberopt i flere saker enn i dag.

De foreslåtte regelverksendringene medfører at kravet til underhold og fireårskravet vil bli trukket inn i flere saksporteføljer i UNE.

Som nevnt i kommentarene til de ulike bestemmelsene, se punkt 4, ser UNE for seg en økt mengde unntaksvurderinger etter utlendingsloven § 40 a og utlendingsforskriften § 10-11.

Departementet har tidsavgrenset instruksjonsmyndighet, og vil således kunne gi UNE instruksjoner om det nærmere innholdet i nytt regelverk. Selv om departementet etterstreber å utforme presise og klargjørende instruksjoner, erfarer UNE likevel at det ofte er behov for ytterligere avklaring gjennom praksis. Særlig sett hen til at vurderingstemaene i instruksene ofte gir rom for skjønnsutøvelse, og at det er vanskelig å regulere alle typetilfeller.

11.8.4 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 8

I de skjerpede kravene til permanent oppholdstillatelse foreslår departementet å innføre et vilkår om selvforsørgelse de siste tre årene, med mulig utgangspunkt i gjeldende regler om underhold. Dagens regler om underhold er svært omfattende, og krever i dag egen fagekspertise i UNE. Dersom reglene om selvforsørgelse blir like omfattende, vil dette kreve økt ressursbruk ved behandlingen av saker om permanent oppholdstillatelse. Et krav om selvforsørgelse i *tre år* vil kunne kreve behov for innhenting av omfattende dokumentasjon. Erfaring fra sakstyper der det i dag er et krav om underhold, er at de aktuelle personene har en sammensatt og komplisert inntektssituasjon. Eksempler er flere arbeidsgivere, glidende overganger mellom ulike jobber, samt en kombinasjon av inntektsgivende og ikke inntektsgivende aktiviteter. Dette kompliserer arbeidet med å innhente tilstrekkelig informasjon/dokumentasjon. UNE regner også med en økning av antall saker, fordi det må antas at underholdskravet kan bli en hyppig avslagsgrunn.

11.8.5 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 9

For UNE vil de økonomiske og administrative konsekvensene av foreslått ny bokstav f i utlendingsloven § 66 første ledd formentlig bli begrenset. Konsekvensene vil blant annet kunne avhenge av i hvilken grad den ønskede forebyggende signaleffekten av en slik utvisningsbestemmelse medfører at færre som omfattes av utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a eller d søker beskyttelse i Norge, og det er altså et åpent spørsmål. Nå har riktig nok denne kategorien asylsøkere ikke lenger krav på fritt rettsråd uten behovsprøving etter regelendringene som ble innført 8.12.2015, hvilket presumptivt vil føre til færre klager over at søknader er nektet realitetsbehandlet etter § 32 første ledd bokstav a eller d. Men i hvilken grad en utvisningsbestemmelse

som foreslått vil kunne føre til færre søknader som omfattes av § 32 første ledd bokstav a eller d i tiden fremover, vil også ha betydning for hvor mange utvisningssaker på dette grunnlaget som blir opprettet med påfølgende utvisningsvedtak og eventuell klagesak. I forlengelsen av det viser vi også til at i motsetning til vedtak etter utlendingsloven § 32 første ledd bokstav a og d, har ikke departementet foreslått endringer i retten til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker etter den nye utvisningsbestemmelsen.

11.8.6 Mulige konsekvenser av de foreslåtte endringene i høringsnotatet kapittel 10 og 11

Redusert saksbehandlingstid og effektivitet er avhengig av at sakene er godt opplyst allerede ved politiregistreringen. For øvrig viser vi til det som er sagt i pkt. 8.2.2 ovenfor.

Større bruk av biometri vil bidra til raskere og enklere saksbehandling i en del saker.

Med hilsen

Ingunn-Sofie Aursnes
direktør

Øyvind Havnevik
seksjonssjef

Dette brevet er godkjent elektronisk i Utlendingsnemnda og har derfor ingen signatur.