



Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo

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

Deres ref:
201000851-/ETE

Vår ref: #92798v1/th-th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@jus.no T +47 22 03 50 61

09.04.2010

Høringsuttalelse - forslag om gjennomføring av Returdirektivet i norsk rett

I Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 3. februar 2010 vedrørende ovennevnte høring.

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

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

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for asyl- og utlendingsrett. Lovutvalget består av Bente Mostad Tjugum (leder), Knut Olaf Eldhuset, Halvor Frihagen, Preben Henriksen, Arild Humlen, Kjersti Cecilie Jensen, Cecilie Schjatvet og Jonas Myhre.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II Sakens bakgrunn

Europaparlamentet og Rådet for Den europeiske union vedtok 16. desember 2008 direktiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (Returdirektivet). Direktivet innebærer en videreutvikling av Schengen-regelverket, og skal derfor også gjennomføres i norsk rett.

Departementets høringsnotat drøfter forslag til hvordan dette best kan gjøres.

Hovedformålet med direktivet er en harmonisering av medlemsstatenes praksis med hensyn til retur av tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig innenfor EU og på Schengen-territoriet. Direktivet er også ment å stimulere til økt bruk av frivillig retur.

Advokatforeningen er enig i at norsk rett i store trekk er i tråd med de krav direktivet oppstiller. Samtidig er det klart at det må gjøres noen endringer.

Departementet mener gjennomføring av returdirektivet nødvendiggjør endringer i utlendingsloven for så vidt gjelder utvisning, iverksetting av vedtak, fengsling, retur av enslige mindreårige og definering av unndragelsesfare. Advokatforeningen deler dette syn, men har merknader til enkelte av forslagene.

Departementet har bedt om tilbakemelding på om det er behov for ytterligere endringer enn de som er foreslått. Advokatforeningen har konkrete tilleggsforslag.

I tillegg har departementet spesielt bedt om tilbakemelding på hvorvidt det er behov for en fengslingsbestemmelse som åpner for fengsling av utlendinger, utover 18 måneder, som mistenkes for å oppgi falsk identitet og som ikke er i en returprosess.

III Kommentarer til de enkelte forslagene

Ad: pkt 4.2: Anvendelsesområdet – Artikkel 2

Etter artikkel 2 kan medlemsstatene beslutte å ikke anvende direktivet for to nærmere definerte kategorier av utlendinger;

- Utlendinger som er pågrepet eller stanset ved yttergrensen uten å ha gyldig tillatelse for innreise.
- Utlendinger som er gjenstand for retur som følge av ilagt straff eller særreaksjon eller som er underlagt en utleveringsprosedyre.

Advokatforeningen er enig i at det er hensiktsmessig å begrense anvendelsesområdet for direktivet, jf artikkel 2 (2) (a), slik at utlendinger som bortvises på yttergrensen unntas. Det er lite formålstjenelig at utlendinger som bortvises på yttergrensen, fordi de ikke har gyldig tillatelse for innreise, skal gis tilbud om frivillig retur innen fastsatt frist.

Departementet foreslår at direktivet heller ikke skal gis anvendelse på tilfeller som nevnt i artikkel 2 (2) (b). Departementet begrunner dette med at direktivets regler om iverksettelse av vedtak og begrensninger av fengslingsperioden tilsier dette. Sagt på en annen måte mener departementet at det *”foreligger et behov for rask iverksettelse av denne gruppen, samt en adgang til å fengsle utover 18 måneder når særlige hensyn gjør det påkrevd.”*

Advokatforeningen er enig i at det ikke er hensiktsmessig å tilby frivillig retur til straffedømte utviste utlendinger uten lovlig opphold. Her kan vedtaket iverksettes straks. Slik Advokatforeningen ser det, er det imidlertid ikke nødvendig å benytte retten til å begrense anvendelsesområdet i artikkel 2 (2) (b) for å oppnå dette resultat. I slike tilfeller vil det normalt foreligge unndragelsesfare, i den forstand det er skissert i forslaget fra departementet, og dermed vil ikke utlendingen få tilbud om frivillig retur.

Ad: pkt 4.3 Terminologi – Artikkel 3

Advokatforeningen er enig i at det bør lovfestes hva som ligger i begrepet unndragelsesfare. Dette bidrar til økt forutberegnelighet.

Slik forslaget til ny § 106a er skissert, er Advokatforeningen skeptisk til at noen av disse momentene alene skal kunne danne grunnlag for å konkludere med unndragelsesfare. Dette gjelder f eks forslag til ny § 106a, bokstav b) ”*utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig*”. I asylsaker er det ikke helt uvanlig at søkeren under intervjuet vil understreke at han eller hun ikke kan reise tilbake til sitt hjemland. Om dette senere skal brukes mot utlendingen i relasjon til vurdering av unndragelsesfare, vil ordningen med frivillig retur få liten betydning. Advokatforeningen går derfor ikke ut i fra at det er opplysninger gitt i asylintervju som skal danne grunnlag for vurderingen, men hva som eventuelt måtte komme frem senere på et tidspunkt hvor utlendingen faktisk har ulovlig opphold.

Ad: pkt 4.4. Forrangsbestemmelser – Artikkel 4

Ettersom departementet foreslår å benytte muligheten til å avgrense rekkevidden av direktivet i medhold av artikkel 2 (2) (a), kommer bestemmelsen i artikkel 4 (4) om preseptoriske regler til anvendelse. Dette kommenteres ytterligere nedenfor i tråd med departementets disposisjon.

Ad: pkt 4.5 Vern mot retur, barnets beste, retten til familieliv, og helse – Artikkel 5

Advokatforeningen er enig i at artikkel 5 ikke nødvendiggjør endring i norsk lov da de aktuelle rettigheter allerede gjelder etter nasjonal rett.

Det er imidlertid mulig at helseaspektet kan tydeliggjøres ytterligere i loven.

Ad: pkt 4.6 Returvedtak – Artikkel 6

Etter norsk lov og praksis fattes returvedtak gjennom avslaget på ordinær søknad om tillatelse (asyl eller f eks arbeidstillatelse), som en stadfesting av at vedkommende ikke har en tillatelse og at det foreligger en plikt til å forlate riket. Ut over dette vil et returvedtak, truffet av norske myndigheter etter dagens regelverk, komme til uttrykk gjennom et bortvisnings- eller utvisningsvedtak.

Advokatforeningen er enig i departementets vurdering og konklusjon, om at det ikke er nødvendig med endringer i utlendingsloven som følge av artikkel 6.

Ad: pkt 4.7 Frivillig retur – Artikkel 7

Advokatforeningen er enig i at artikkel 7 om frivillig retur gjør det nødvendig med endringer i utlendingsloven. Som departementet påpeker, avviker direktivets ordning med frivillig retur noe fra norsk rett. Det er særlig utgangspunktet, at alle skal få en frist for frivillig utreise, som er forskjellen. Det norske utgangspunktet med å åpne for å pålegge en utlending å reise med en gang, vil være i strid med artikkel 7 (1). Forslag til ny utlendingslov § 90 sjette ledd vil være i tråd med direktivet.

Når det gjelder forlengelse av fristen for utreise, jf artikkel 7 (2), fremstår det som særlig aktuelt hvor barn går på skole og hvor det kan fremstå som rimelig at de får fullføre skoleåret.

I henhold til artikkel 7 (4) kan medlemsstatene unnlate å sette en rimelig frist for frivillig retur. Dette gjelder når det foreligger fare for unndragelse (i utlendingsrettslig forstand), når en søknad er avslått som åpenbart grunnløs eller falsk eller når utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Advokatforeningen er enig i at det ikke er

hensiktsmessig å innføre begrepet "falsk" i nasjonal utlendingsrett, av de grunner som departementet har pekt på. Advokatforeningen er også enig i at begrepene "offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser" vil være dekkende for direktivets begrepsbruk; "offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet."

Advokatforeningen er noe skeptisk til at vedtaksmyndigheten skal vurdere unndragelsesfare, av hensyn til de grunner som allerede er nevnt ovenfor. En utlending med avslag på asylsøknaden som ikke er åpenbart grunnløs eller utgjør en fare for offentlig orden og grunnleggende nasjonale interesser, skal ikke tillegges unndragelsesfare gjennom asylsøknaden. I så tilfelle blir ikke ordningen med frivillig retur særlig reell.

Etter ny ordning er det i hovedsak UDI og UNE som vil fastsette frist for frivillig retur. Som departementet skisserer, kan det oppstå en situasjon etter et negativt vedtak fra UDI eller UNE som tilsier at det foreligger unndragelsesfare. Under slike omstendigheter kan politiet konkludere iverksette vedtak før fristen for frivillig retur, forutsatt at politiet konkluderer med at det foreligger unndragelsesfare. Som påpekt av departementet, er det viktig at politiet ikke "overprøver" vedtak fra UDI eller UNE, men gjør en vurdering basert på eventuelle nye omstendigheter. Hensynet til utlendingens rettssikkerhet tilsier derfor at politiet må begrunne sin beslutning.

Advokatforeningen er i utgangspunktet enig i departementets fortolkning av direktivet, om at avgjørelse om frivillig retur ikke må fattes som et enkeltvedtak, som kan påklages. Fortolkningen gjør det er greit å videreføre dagens ordning med at avgjørelser knyttet til iverksettelse er beslutninger som ikke kan påklages, jf utlendingsloven § 90. Advokatforeningen vil understreke at rettsikkerhetsmessige grunner kan tilsi en klageadgang, men at en gjennomføring av en klageadgang lett kan bli mye administrasjon (egen klageenhet, bistand til klage, tolk m.v.). Advokatforeningen mener derfor at ordningen med frivillig retur innen fastsatt frist bør praktiseres med rimelighet og skjønn. Praktiseres ordningen for strengt, kan det skape et behov for å innføre klageordning. Begrunnelsen må da være at ordningen med frivillig retur er å anse som en rettighet, som må treffes som et enkeltvedtak, med tilhørende klageadgang.

Advokatforeningen er enig at det kan være unødvendig mye administrasjon om frivillig retur skal skje etter søknad. Av hensyn til utlendingens rettssikkerhet må det imidlertid gjøre noen registreringer, f eks i Duf registeret, om at utlendingen har fått en nærmere angitt frist for frivillig retur.

Advokatforeningen etterlyser hvordan departementet vurderer ordningen med frist for frivillig retur, opp i mot ordningen til IOM (Den internasjonale Organisasjon for Migrasjon). I en asylsak kan en utlending som har fått avslag kontakte IOM innen den pålagte utreisefrist. Advokatforeningen vil derfor gå ut i fra at en som ikke har fått frivillig retur, fortsatt kan søke om hjemreise via IOM.

Ad: pkt 4.8 Uttransportering – Artikkel 8

Artikkel 8 gjelder uttransporteringen av tredjelandsborgere fra Schengen-territoriet. Bestemmelsen retter seg mot to tilfeller; når tredjelandsborgeren ikke har reist innen utreisefristen eller når det i henhold til artikkel 7 (4) ikke er gitt utreisefrist.

Advokatforeningen er enig i at bestemmelsen ikke nødvendiggjør endringer i utlendingsloven.

Ad: pkt 4.9 Utsatt uttransportering – Artikkel 9

Medlemsstatene skal utsette iverksettingen av et vedtak når det vil være i strid med vernet mot retur (non-refoulement) eller hvor oppsettende virkning er gitt i medhold av direktivet artikkel 13 (2). Iverksetting kan utsettes i særlige tilfeller, f eks av hensyn til utlendingens helse, eller av tekniske årsaker, slik som identifiseringsårsaker.

Advokatforeningen er enig i at artikkel 9 ikke foranlediger endringer i gjeldende utlendingslov.

Ad: pkt 4.10 Retur av enslige mindreårige – artikkel 10

Artikkel 10 (2) foreskriver i hvilke tilfeller uttransportering av mindreårige kan gjennomføres. Medlemsstaten skal være overbevist om at den enslige mindreårige vil bli returnert til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et tilfredsstillende mottaksapparat. Bestemmelsen retter seg ikke til den materiellrettslige vurderingen som skal gjøres i relasjon til hvorvidt opphold skal gis, men knytter seg til direkte til retursituasjonen. Norsk rett tilfredsstiller ikke dette krav fullt ut, og Advokatforeningen støtter derfor den lovendring som er skissert i ny § 90 sjuende og åttende ledd.

Ad: pkt 4.11 Innreiseforbud – Artikkel 11

Artikkel 11 regulerer i hvilke tilfeller innreiseforbud skal og kan ilegges, samt i hvilke tilfeller medlemslandene skal vurdere å ikke ilegge et innreiseforbud, eller oppheve et innreiseforbud som allerede er ilagt. Utgangspunktet er at det skal ilegges et innreiseforbud når det er utstedt et returvedtak i henhold til artikkel 6, dersom utlendingen ikke er gitt en frist for frivillig utreise eller dersom han ikke har etterkommet et pålegg om å reise ut. Bestemmelsen åpner for en mer restriktiv praksis enn det som er tilfellet etter nåværende utlendingslov § 66 første ledd bokstav a. Nåværende bestemmelse er en kan-bestemmelse. Direktivet angir intet hensiktsmessighetsskjønn, og må anses for å være en skal-regel.

Godtas direktivet av norske myndigheter, hvilket det er all grunn til å tro, er det nødvendig med endringer i utlendingsloven § 66, slik departementet har skissert.

Advokatforeningen vil imidlertid bemerke at direktivet ikke er implementert i medlemsstatenes praksis ennå. Det er grunn til å tro at en slik restriktiv praksis kan komme i konflikt med retten til familieliv i EMK art 8 og barnets beste, jf barnekonvensjonen art 3 nr 1. Likevel har artikkel 11 et begrenset nedslagsfelt. Den berører kun utvisningsgrunnlagene i utlendingsloven § 66 bokstav a, d og f.

Advokatforeningen vil videre bemerke at direktivet godt illustrerer at norsk utvisningspraksis til dels skiller seg fra de land vi samarbeider med, spesielt når det gjelder den omfattende adgangen til å ilegge varig innreiseforbud og praksis om i hvilke tilfeller varig innreiseforbud ilegges. Advokatforeningen oppfordrer departementet til å se på om ikke norsk utvisningspraksis også i andre tilfeller bør tilpasses øvrige europeiske land, blant annet i lys av undersøkelsen utført av Econ Pöry AS på oppdrag fra UDI i 2009.

Ad: pkt 4.12 Rettssikkerhetsgarantier – Artiklene 12, 13 og 14

Artikkel 12, 13 og 14 er viktige rettssikkerhetsgarantier. Artikkel 12 stiller krav til avgjørelsens form. Artikkel 13 angir rettsmidler og artikkel 14 gjelder garantier i perioden frem til tilbakesendelsen.

Advokatforeningen er enig i at de angitte minstestandarder allerede følger av norsk rett.

Ad: pkt 4.13 Rettshjelp – Artikkel 13 (4)

Det følger av returdirektivet artikkel 13 (4) at; ”Medlemsstatene skal sørge for at det på anmodning gis nødvendig kostnadsfri juridisk bistand og/eller representasjon i samsvar med relevant nasjonal lovgivning eller regler om rettshjelp..”. Departementet mener at artikkel 13 (4) ikke foranlediger endringer i nasjonal rett. Departementet mener ordlyden ikke angir konkret hvilke forpliktelser som følger av direktivet.

Advokatforeningen er ikke enig i dette. Ordlyden gir en klar forpliktelse om å gi fri rettshjelp. Nasjonal lovgivning er ikke i overensstemmelse med dette, og må derfor endres. Rettshjelpsloven må derfor endres slik at straffedømte utlendinger som varsles om utvisning også gis fri rettshjelp.

Ad: pkt 4.14 Fengsling for å sikre iverksetting – Artikkel 15

I henhold til artikkel 15 kan en utlending som skal returneres bare holdes i fengsel/forvaring for å forberede selve returen, og eller for å gjennomføre uttransporteringen, og bare med mindre andre tilstrekkelige, men mindre inngripende tiltak ikke kan benyttes effektivt i det aktuelle tilfellet. Dette kan gjelde f eks når det er fare for unndragelse. Direktivets fengslingsbestemmelse gjelder i utgangspunktet bare overfor utlendinger som skal returneres.

Advokatforeningen er enig i at utlendingsloven § 106 har fengslingsgrunnlag som dekker artikkel 15 (1). Det er derfor ikke behov for noen endring på dette punkt.

Når det gjelder fengslingsperioden, er Advokatforeningen enig i at det må innføres en tidsbegrensning som følge av direktivet.

Etter dagens lov kan samlet fengslingsstid ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Advokatforeningen støtter lovforslaget om at fengsling uansett ikke kan overstige 18 måneder.

Departementet peker på at den begrensning som følger av artikkel 15 (6) ikke gjelder for tilfeller som faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Departementet foreslår derfor fengsling utover 18 måneder av utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Departementet begrunner dette med at arbeidet med å avklare utlendingens identitet for å sikre iverksetting kan være både tidkrevende og møysommelig. Departementet mener at det ofte er utlendingens manglende samarbeid som er årsak i at identifiseringsarbeidet tar lang tid.

Advokatforeningen er meget skeptisk til fengsling utover 18 måneder. Er ikke utlendingen returnert innen 18 måneder, må man kunne forvente at alt verifiseringsarbeid er gjort unna for lengst. Det er derfor vanskelig å se at det er behov utover 18 måneder. Gis det adgang til det, kan det dempe det arbeidstrykk det bør være på denne type saker. Fengsling er meget inngripende for den det gjelder, samtidig som det er svært kostnadskrevende. Advokatforeningen understreker at fengsling på grunnlag av identitet ikke skal være en straff – i seg selv. Rettssikkerhetshensyn tilsier derfor at det skal være en klar yttergrense.

Departementet foreslår videre at tidsbegrensningen ikke skal gjelde for utlending som oppholder seg lovlig i riket og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

I den politiske debatt har det vært fremmet forslag om hjemmel for fengsling eller internering av utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser også når identiteten er kjent. Dette har typisk kommet frem i debatter knyttet til Mullah Krekar. Advokatforeningen mener at dette er et viktig spørsmål der det i liten grad vil være relevant om utlendingens identitet

er kjent eller ikke. Dette spørsmålet, som gjelder ubegrenset fengsling på svært vage kriterier, må behandles langt grundigere enn det som er gjort her, og rettssikkerhetsgarantier må være på plass.

Departementet har spesielt bedt høringsinstansene om tilbakemelding på mulig behov for en fengslingsbestemmelse som åpner for fengsling av utlendinger, utover 18 måneder, som mistenkes for å oppgi falsk identitet og som ikke er i en returprosess. Advokatforeningen kan ikke støtte et forslag til fengsling utover 18 måneder. Det vises til de grunner som er angitt ovenfor.

Ad: pkt 4.15 Fengslingsomstendigheter – Artikkel 16 (1)

Etter artikkel 16 (1) skal fengsling i henhold til direktivet skje i egne fengslingsfasiliteter. Dersom dette ikke lar seg gjøre, og forvaringen er i et ordinært fengsel, skal tredjelandsborgeren være adskilt fra vanlige innsatte.

Bestemmelsen i utlendingsloven § 107 fastslår at utlendinger som pågripes og fengsles som hovedregel skal anbringes i utlendingsinternat. Unntak fra hovedregelen er ikke nærmere avgrenset.

Departementet velger å ikke bokstavfortolke bestemmelsen og viser til at Norge tok opp denne bestemmelsen med Kommisjonen 8. mai 2009, hvor det ble gitt uttrykk for at det sentrale er at de som skal returneres ikke settes sammen med tunge kriminelle. Departementet mener derfor at det ikke er behov for endring av utlendingsloven.

Advokatforeningen kan støtte dette syn, men mener det er viktig at Kommisjonens oppfatning klargjøres. Advokatforeningen vil derfor foreslå at utlendingsloven § 107 endres slik at det fremgår at utlendingen – i de tilfeller hvor vedkommende ikke plasseres på Trandum internat – ikke settes i fengsel sammen med tunge kriminelle. Rettssikkerhetshensyn tilsier en slik klargjøring.

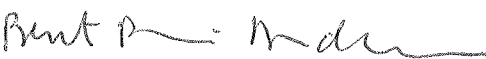
Ad: pkt 4.16 De øvrige fengslingsbestemmelser – Artikkel 16 og 17

Advokatforeningen er enig i at de øvrige fengslingsbestemmelsene i artikkel 16 og 17 ikke foranlediger endringer i norsk rett.

Ad: pkt 4.17 Nødssituasjoner og avsluttende bestemmelser – Artikkel 18-23

Advokatforeningen er enig i at det ikke er ønskelig å gjøre noen unntaksbestemmelser i forbindelse med fengsling hvor uvanlig mange utlendinger skal returneres.

Vennlig hilsen


Berit Reiss-Andersen
leder


Merete Smith
generalsekretær