



DET KONGELIGE
UTENRIKSDEPARTEMENT

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO
Norge

10/01394-6

31.3.2010

**Høring. Forslag om gjennomføring av Returdirektivet i norsk rett. UDs
høringsuttalelse**

Det vises til Justisdepartementets brev 3. Februar 2010 om ovennevnte høring og har nedenstående innspill til saksfremstillingen og de fremsatte forslag.

Justisdepartementet bes se bort fra Utenriksdepartementets brev 23. Mars i samme sak hvor det feilaktiv fremgår at man ikke har merknader.

Til pkt 2.2 - videreutvikling av Schengen-regelverket – rettslige konsekvenser

Utenriksdepartementet slutter seg til beskrivelsen i høringsnotatet av det rettslige grunnlaget for gjennomføring av direktivet i norsk rett. Imidlertid kan det presiseres at behovet for særskilte nasjonale gjennomføringsbestemmelser ikke alene følger av det generelle forholdet mellom norsk rett og folkeretten (det dualistiske prinsipp), men av at direktivsformen er valgt som rettslig instrument for harmonisering av dette samfunnsområdet i EU-retten, se nærmere direktivets artikkel 20 om plikt til gjennomføring.

Norge er knyttet til deltakelsen i EUs Schengen-samarbeid på folkerettslig grunnlag, se St.prp. nr. 50 (1998-99) pkt 2.6.1. Den særlige kompetanse som medlemsstatene i EU har overført til felles organer, og de særlige rettsvirkningene av vedtak fattet av disse organene i EU-retten, får ikke tilsvarende virkning for Norge. Det er derfor først når Norge har meddelt aksept av innholdet i nye rettsakter eller tiltak overfor EU at Norge blir bundet av disse. EØS-lovens (jf lov 27. november 1992 nr. 109)

tolkningsbestemmelser og rettspraksis om virkningen av EØS-relevante regler i norsk rett gjelder ikke uten videre i forhold til EUs rettsakter som er en videreutvikling av Schengen-regelverket. De Schengen-regler som Norge er bundet av, og som er til gunst for en utlending, vil umiddelbart få internrettslig virkning etter utlendingsloven § 3 innenfor denne lovens virkeområde. Ved eventuell mangelfull gjennomføring i norsk rett av andre Schengen-forpliktelser, vil det alminnelige presumpsjonsprinsipp få anvendelse slik at norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.

Det bør likevel presiseres at Schengen-avtalens artikkel 9 uttrykker partenes målsetting om å komme fram til en mest mulig ensartet anvendelse og tolkning av Schengen-regelverket. Artikkel 9 (2) gir Norge en rett til å gi uttalelse til EU-domstolen i saker om tolkning av Schengen-regelverket som forelegges den av medlemsstatenes domstoler (såkalte prejudisielle saker). Artikkel 10 (2) viser bl.a. til den situasjon at det i forhold til Schengen-regler oppstår en betydelig tolkningsforskjell mellom EU-domstolen og norske domstoler. Det er derfor riktig som angitt i høringsnotatet at rettspraksis fra EU-domstolen kun har tolkningsmessig verdi for norske rettsanvendere, men en eventuell ulikhet i rettspraksis eller myndighetspraksis vil kunne kreve særskilte tiltak fra partenes side dersom Schengen-avtalen skal kunne videreføres.

Til punkt 2.4 - EU-rettslig forankring

Direktivets virkeområde må tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen i EF-traktatens artikkel 63 (3) (b) som gir kompetanse til å treffe tiltak om innvandringspolitikk for ulovlig innvandring og ulovlig opphold, herunder retur av personer med ulovlig opphold, se nå TFEU artikkel 79 (2) (c). I følge TFEU artikkel 72 (tidl. TEF artikkel 64 (1) og TEU artikkel 33) er direktivet ikke til hinder for at medlemsstatene utøver sitt primæransvar for å opprettholde lov og orden og ivareta indre sikkerhet. Denne avgrensningen henger nøye sammen med presiseringer av forholdet mellom EU og medlemsstatene fastsatt i Lisboa-traktaten i TEU artikkel 4 (2) om at nasjonal sikkerhet forblir statenes eget ansvar og artikkel 5 (2) om at kompetanse som ikke er gitt EUs organer i traktatene, forblir statenes ansvar. Dette prinsippet er også gjennomgående i forhold til andre deler av EU-samarbeidet og er særlig presisert i TFEU artikkel 73 om nasjonalt ansvar for myndighetssamarbeid og artikkel 276 om avskjæring av EU-domstolens kompetanse til å overprøve nasjonale myndigheters skjønn. Direktivet må derfor tolkes i samsvar med forutsetningen om at staten beholder et handlingsrom for å iverksette nødvendige tiltak for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser.

Direktivet gir i seg selv ingen hjemmel for maktanvendelse eller frihetsberøvelse i saker om retur av utlendinger. Slik hjemmel må fastlegges i nasjonal lovgivning og være i samsvar med relevante menneskerettsforpliktelser. Restriktive tiltak må i ethvert tilfelle være nødvendige og forholdsmessige. Direktivet legger enkelte begrensninger på nasjonal handlefrihet i saker om retur av utlendinger og legger dermed til rette for et styrket vern av menneskerettighetene for denne persongruppen på EU-nivå, ikke minst

ved at EUs organer får kompetanse til å overvåke medlemsstatenes håndtering av returer.

Til punkt 4.2 – anvendelsesområdet – artikkel 2

Utenriksdepartementet er enig i forslaget om å unnta fra direktivets anvendelsesområde de tilfellene som er angitt i dets artikkel 2 (2) (a) og (b) og slutter seg til den begrunnelse som er gitt i høringsnotatet. Når det gjelder unntaket for bortvisningssaker i bokstav (a), bør det imidlertid tas hensyn til de forpliktelser etter direktivet som følger av artikkel 4 (4), bl.a. gjennom henvisningen til de grunnleggende humanitære hensyn nedfelt i artikkel 14 (1) (b) og (d) samt prinsippet om at all maktbruk skal være nødvendig og forholdsmessig, jf artikkel 8 (4). Selv om anvendelsen av direktivet innskrenkes i samsvar med det angitte nasjonale handlingsrom, er det intet i veien for å velge ut fra nasjonale vurderinger å gi likelydende regler også for behandling av tilfeller som ellers faller utenom direktivets gjennomføringsforpliktelser.

Til punkt 4.3 – unndragelsesfare og frihetsberøvelse – artikkel 3

Utenriksdepartementet er enig i at direktivet stiller krav til lovfesting av hva som utgjør unndragelsesfare, siden det etter direktivets system forutsetter å utløse nasjonal hjemmel for frihetsberøvelse i nødvendig utstrekning i påvente av retur. Krav til lovregulering følger allerede av Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 5 som stiller vilkår for lovlig frihetsberøvelse. I følge praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) vil det konkret kunne prøves om lovgivningen som regulerer vilkårene for og varigheten av frihetsberøvelse er tilstrekkelig forutberegnelig og tilgjengelig, se bl.a. Hilda Hafsteinsdóttir mot Island, saksnummer 40905/98, hvor domstolen uttaler at: *"the Court is not satisfied that the law, as applicable at the material time, was sufficiently precise and accessible to avoid all risk of arbitrariness"* (dom 8. juni 2004, paragraf 57). Se også Saadi mot Storbritannia, saksnummer 13229/03, dom 29. januar 2008, hvor domstolen slo fast at *"a deprivation of liberty may be lawful in terms of domestic law but still arbitrary and thus contrary to the Convention"* (paragraf 67). Forbudet mot vilkårlighet er også antatt å berøre retten til personlig sikkerhet i EMK artikkel 5, se bl.a. Bozano mot Frankrike, saksnummer 9120/80, dom 18. desember 1986, paragraf 53. I relasjon til direktivets artikkel 15 (1) (a) må det derfor objektivt fastlegges i utlendingsloven hvilke faktorer som skal tillegges vekt ved vurderingen av om det foreligger unndragelsesfare slik som foreslått i ny § 106 a.

Til punkt 4.5 - vern mot retur, barnets beste, retten til familieliv, og helse – artikkel 5

Utenriksdepartementet er enig i at de rettighetene som er nevnt i bestemmelsen er menneskerettigheter som er forankret i lov om styrking av menneskerettighetenes

stilling i norsk rett (menneskerettloven) av 21. mai 1999 nr. 30. Siden dette er hensyn som fremgår av internasjonale forpliktelser til gunst for individet, vil utlendingsloven § 3 også kunne påberopes. Imidlertid har det vært usikkerhet knyttet til rett til helsehjelp for de personer som omfattes av direktivet. Det bør derfor fastlegges også i helselovgivningen et nivå for helsehjelp for denne persongruppen i samsvar med gjeldende menneskerettsforpliktelser og slik det er nedfelt i returdirektivets artikkel 14 (1), jf artikkel 4 (4) og artikkel 16 (3). En henvisning til menneskerettsloven antas ikke å være en tilfredsstillende gjennomføring av direktivet på dette punkt, bl.a. fordi disse normene ikke i seg selv gir tilstrekkelig veiledning for de ansatte i helsesektoren, som i praksis vil måtte avgjøre hva slags helsehjelp den enkelte pasient som faller innenfor denne personkretsen skal få tilgang til.

Til punkt 4.6 - returvedtak – artikkel 6

I følge høringsnotatet er direktivets utgangspunkt at det skal utstedes returvedtak til tredjelandborgere som oppholder seg ulovlig på territoriet. Formålet med artikkel 6 er å skape rettssikkerhet og forutberegnelighet ved retur. Det kan også tenkes at en konsekvent gjennomføring av artikkel 6 kan bidra til å motvirke ulovlig innvandring til Schengen-området. Plikten til å fatte returvedtak drøftes i høringsnotatet i forhold til utlendingslovens regler om bortvisning og utvisning, og det vises til at det gjelder en "kan-regel" i begge tilfeller. Samtidig er det klare utgangspunktet etter norsk utlendingsrett at dersom det oppdages en tredjelandborger uten lovlig opphold, skal vedkommende bortvises eller utvises fra riket.

Utenriksdepartementet antar at det ikke er behov for endringer i reglene om bortvisning så langt de omfattes av artikkel 13 i Schengen grenseregler, i lys av unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 2 (2) (a) som er vist til ovenfor. Når det gjelder bestemmelsene i utlendingsloven § 17, jf § 18 om bortvisning (innen sju dager etter innreise) og § 66 om utvisning av utlending uten oppholdstillatelse, synes "kan-regelen" å gi lite veiledning til de personer det gjelder, når det samtidig tas i betraktning det "klare utgangspunkt" om at det i slike tilfeller skal fattes vedtak om bortvisning eller utvisning fra riket. Direktivet pålegger en plikt til å fatte returvedtak i tilfeller der en tredjelandborger oppholder seg ulovlig på territoriet. Det er gitt unntak i artikkel 6 (4), som åpner for å gi oppholdstillatelse av humanitære eller andre grunner, og i artikkel 6 (5), som åpner for utsettelse av returvedtak i påvente av utfallet av en pågående søknad om oppholdstillatelse. Artikkel 6 (1) er en annen og mer forpliktende regel enn den eksisterende bestemmelse i Schengen-konvensjonens artikkel 23 (3), som viser til "vilkårene i vedkommende konvensjonsparts nasjonale lovgivning". Det bør derfor vurderes foretatt en presisering av reglene om bortvisning og utvisning som tydeligere reflekterer dagens praksis, og som samtidig er bedre i samsvar med direktivets ordlyd.

Utenriksdepartementet er enig i at returvedtak kan fattes samtidig som det gis avslag på søknad om tillatelse etter loven, men antar da at returvedtaket først vil være

rettskraftig samtidig som avslagsvedtaket er endelig avgjort, bl.a. slik at de frister som måtte være fastsatt, løper fra dette tidspunktet.

Til punkt 4.7 - frivillig retur – artikkel 7

Utenriksdepartementet antar at direktivets bestemmelse i artikkel 7 (4) om ”falsk”, i tillegg til ”åpenbart grunnløs”, søknad kan gjennomføres ved regler i utlendingsloven om konsekvensene av å gi ”vesentlig uriktige” eller ”åpenbart villedende” opplysninger, bl.a. i reglene om utvisning. Det foreslås derfor et slikt tillegg til regelen i nytt sjette ledd bokstav (b) i utlendingsloven § 90.

Til punkt 4.10– retur av enslige mindreårige – artikkel 10

Utenriksdepartementet er enig i at det er nødvendig å nedfelle i lovs form den rett enslige mindreårige har i medhold av direktivets artikkel 10 (2) og viser til at hensynet til barnets beste interesser nedfelt i Barnekonvensjonen og retten til familieliv i samsvar med EMK generelt skal være vesentlige hensyn for myndighetenes vedtak i samsvar med direktivet, se fortalens punkt 22 og om garantier i tiden før retur fastsatt i artikkel 14 (1).

Til punkt 4.14 - frihetsberøvelse for å sikre iverksetting – artikkel 15

I høringsnotatet foreslås en presisering om at frihetsberøvelse ikke kan overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon, eller oppholder seg lovlig i riket og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Spørsmålet i denne sammenheng er hvilke krav direktivet stiller til nasjonal gjennomføring. Direktivet gir som nevnt ikke i seg selv hjemmel for frihetsberøvelse eller andre inngripende tiltak, men legger enkelte begrensninger på nasjonalt regelverk og myndighetsutøvelse. Direktivet omfatter tredjelandsborgere som ikke (lenger) har lovlig opphold på territoriet. Andre situasjoner eller persongrupper omfattes ikke. Artikkel 2 (2) (b) åpner dessuten generelt for å unnta fra direktivets virkeområde personer som returneres på grunn av en strafferettslig reaksjon eller som skal utleveres.

Utenriksdepartementet antar for eksempel at en utlending som har vernet mot utsendelse etter utlendingsloven § 73 som sitt eneste grunnlag for opphold i riket, og som gis en midlertidig oppholdstillatelse inntil hinderet for utsendelse bortfaller i samsvar med lovens § 74, ikke omfattes av direktivets vilkår om ”ulovlig opphold” så lenge denne tillatelsen er gyldig.

Direktivet stiller krav til frihetsberøvelse av denne persongruppen for det formål å gjennomføre retur. Frihetsberøvelse kan bare opprettholdes så lenge dette er nødvendig for å sikre gjennomføring av retur, jf direktivets artikkel 15 (5). Direktivet tar ikke sikte på å regulere nasjonalt handlingsrom i andre tilfeller enn de angitte, og

omfatter derfor ikke nasjonale regler om frihetsberøvelse som hviler på annet grunnlag enn hensynet til gjennomføring av retur i disse tilfellene, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-357/09 (Kadzoev), dom av 30. november 2009, paragraf 70.

Det antas derfor ikke å være i strid med direktivet å oppstille særlige vilkår i nasjonal lovgivning for å kunne ta hensyn til grunnleggende nasjonale interesser i andre tilfeller enn de som omfattes av direktivet. Det vises også til merknader ovenfor til punkt 2.4. Nasjonale regler om frihetsberøvelse vil i alle tilfeller måtte være i samsvar med relevante menneskerettsforpliktelser, bl.a. EMK artikkel 5. På den annen side er det heller ikke i strid med direktivet å anvende dets regler om frihetsberøvelse m.v. også overfor personer som for eksempel anses å utgjøre en fare for grunnleggende nasjonale interesser, så lenge direktivets vilkår om at det kan iverksettes en returprosedyre er oppfylt. I den forbindelse vises også til at den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter artikkel 15 (1), særlig ("in particular"), men ikke eksklusivt, knytter seg til de opplistede momenter i bokstav (a) og (b) i bestemmelsen.

Utenriksdepartementet kan derimot ikke slutte seg til den foreslåtte gjennomføringsbestemmelse i utlendingsloven § 106 tredje og fjerde ledd. Direktivets artikkel 15 om frihetsberøvelse pålegger klare forpliktelser for nasjonale myndigheter. Artikkel 15 (5) fastsetter at frihetsberøvelse kan anvendes for en nærmere angitt periode begrenset til seks måneder, når vilkårene i paragraf (1) er oppfylt. Et tillatt hensyn er unndragelsesfare, som foreslås lovfestet i ny § 106 a. Paragraf (6) gir mulighet for å forlenge den perioden som er fastsatt i samsvar med paragraf (5) med inntil 12 måneder dersom ett av vilkårene i bokstav (a) eller (b) er oppfylt. Det er derfor bare når utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av retur eller når det tar lenger tid å motta nødvendig dokumentasjon fra hjemlandet at frihetsberøvelse ut over seks måneder kan anvendes. Så langt direktivet får anvendelse bør derfor utlendingslovens § 106 innrettes slik at disse forpliktelsene blir ivaretatt. Norske myndigheter står fritt til å velge kortere maksimalt tidsrom for frihetsberøvelse enn 18 måneder. Men dersom det er ønskelig å utnytte handlingsrommet som åpner for et samlet tidsrom av inntil 18 måneder, må det først fastsettes hjemmel for frihetsberøvelse inntil seks måneder, som deretter kan fornyes med en periode som ikke overstiger 12 måneder når de særlige vilkårene er oppfylt etter artikkel 15 (6). Disse vilkårene må være oppfylt på det tidspunkt vedtaket om å forlenge frihetsberøvelse fattes.

Vilkårene for frihetsberøvelse er av en slik karakter at de må fremgå av loven. Utenriksdepartementet kan ikke slutte seg til forslaget om at Kongen skal fastsette i forskrift hvilke vilkår som begrunner slik frihetsberøvelse. Det vises for øvrig til den drøftelse som er gjort i høringsnotatet om behovet for å lovfeste hva som skal utgjøre unndragelsesfare og den begrunnelse som der er gitt, se ovenfor kommentarer til punkt 4.3.

Når det gjelder spørsmålet om fengsling i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a (for å avklare identitet) må anses å ligge innenfor direktivets anvendelsesområde, legger Utenriksdepartementet til grunn at direktivet bare omfatter frihetsberøvelse som er nødvendig i forbindelse med gjennomføring av retur av personer som ikke har lovlig opphold. I direktivets fortale punkt 9 vises til direktiv 2005/85/EF (som er en del av EUs felles asylpolitikk) som fastslår at en asylsøker ikke anses å oppholde seg ulovlig på medlemsstatenes territorium før det eventuelt gis avslag på søknaden. EU-domstolen la til grunn i Kadzoev, referert ovenfor, at frihetsberøvelse etter returdirektivet og frihetsberøvelse av asylsøkere er regulert i to innbyrdes uavhengige regelsett (paragraf 45).

Videre legges til grunn at vilkåret for frihetsberøvelse av asylsøkere i EMK artikkel 5 (1) (f) er knyttet til vilkåret å hindre en person fra "å komme inn i landet uten tillatelse", og ikke til "tiltak med sikte på utsendelse", som er det aktuelle grunnlaget etter returdirektivet. Det vises i denne forbindelse til EMDs avgjørelse i Saadi mot Storbritannia, referert ovenfor, hvor domstolen bl.a. uttalte om subsumsjonen at:

“until a State has “authorised” entry to the country, any entry is “unauthorised” and the detention of a person who wishes to effect entry and who needs but does not yet have authorisation to do so, can be, without any distortion of language, to “prevent his effecting an unauthorised entry”. It does not accept that, as soon as an asylum seeker has surrendered himself to the immigration authorities, he is seeking to effect an “authorised” entry, with the result that detention cannot be justified under the first limb of Article 5 § 1 (f). To interpret the first limb of Article 5 § 1(f) as permitting detention only of a person who is shown to be trying to evade entry restrictions would be to place too narrow a construction on the terms of the provision and on the power of the State to exercise its undeniable right of control referred to above. Such an interpretation would, moreover, be inconsistent with Conclusion No. 44 of the Executive Committee of the United Nations High Commissioner for Refugees' Programme, the UNHCR's Guidelines and the Committee of Ministers' Recommendation ... which envisage the detention of asylum seekers in certain circumstances, for example while identity checks are taking place or when elements on which the asylum claim is based have to be determined” (paragraf 65).

Det er på denne bakgrunn departementets oppfatning at returdirektivet ikke omfatter det fengslingsgrunnlaget som er angitt i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a. Det er samtidig ikke noe til hinder for å anvende direktivets regler i tilfeller med uavklart identitet så lenge vilkårene om returprosedyre er oppfylt og utlendingen oppholder seg ulovlig i Norge etter endelig avslag på søknad om oppholdstillatelse.

Til punkt 4.16 – artikkel 16 (4)

Artikkel 16 (4) gir regler om tilsyn med steder hvor utlendinger er underlagt frihetsberøvelse. Så langt gjelder nasjonale myndigheters tilsyn gir § 17 i forskrift 11. april 2008 om Politiets utlendingsinternat regler om et eksternt tilsynsråd etter modell av fengslenes tilsynsråd. Politidirektoratet har ansvaret for det daglige tilsynet med internatet og skal sammen med sjefen for Politiets utlendingsenhet påse at internatet er i samsvar med gjeldende lover, forskrifter, retningslinjer og lokale instruksjoner. Bestemmelsen åpner i tillegg for at internasjonale organisasjoner og frivillige organisasjoner skal ha anledning til å føre tilsyn med steder for frihetsberøvelse i samsvar med returdirektivet.

Vennlig hilsen,

Kjell Kristian Egge
avd.dir

Maren Edvardsen
sen.kons