

**Justis- og politidepartementet
Innvandringsavdelingen
Postboks 8005 Dep
0030 Oslo**

Oslo, 20. oktober 2011

Deres ref: 201101409- /AKB

Uttalelse fra Juss-Buss i forbindelse med høring om forslag til ny klageordning for utlendingssaker

Juss-Buss viser til departementets høringsbrev datert 16.05.2011.

Vi har etter e-postkorrespondanse med Anne Kari Braathen den 23.09.2011 fått utsatt frist. Ny frist er 15.10.2011. Med dette vil vi benytte oss av muligheten til å uttale oss i forbindelse med endringsforslagene.

Juss-Buss er positive til at det er gjennomført en evaluering av klageordningen for utlendingssaker. Vi er derimot kritiske til utvalgets mandat om særskilt å vurdere muligheten for politisk styring. Utlendingssaker skiller seg fra vanlige forvaltningssaker. Det er derfor større grunn til å ta hensyn til rettssikkerhet og legitimitet enn styrket politisk styring. Det er rettssikkerhet i form av uavhengige organer og uavhengig fagadministrasjon som er viktig i utlendingssaker. Sentralisert politisk kontroll er mindre tungtveiende i denne sammenheng.

Vi vil i det følgende avgrense mot spørsmål som utelukkende omhandler asyl, da dette ikke er et av Juss-Buss sine kompetanseområder.

1. Kapittel 12 – Organiseringen av klagesaksbehandlingen i utlendingssaker

Utvalget foreslår at oppholdssaker skal behandles i Utlendingssaker. I Utlendingssaker vil muligheten for nemndbehandling være avskåret. Klagebehandlingen vil skje skriftlig og foretas av én saksbehandler.

Juss-Buss stiller seg kritiske til et kategorisk skille hvor nemndbehandling er avskåret i alle andre saker enn beskyttelsessaker. Beskyttelsessaker vil presumptivt stå i en særstilling. Utvisningssaker og familieinnvandringsaker kan i likhet med beskyttelsessaker ha stor velferdsmessig betydning for de det gjelder. Dette vil for eksempel gjelde i alle saker der det er barn involvert. Dette vil kunne legge vesentlig hindringer på muligheten til å utøve familieliv som er en konvensjonsbeskyttet rettighet etter EMK art. 8.

Av den grunn er hensynet til rettssikkerhet og organets legitimitet tilsvarende tungtveiende i disse sakene. Det er derfor feil å forbeholde nemndbehandling utelukkende for beskyttelsessaker.

Utvalget påpeker at beskyttelsesvurderinger vil bygge på spesielt krevende bevisvurderinger og at nemndbehandling vil bidra til å avklare troverdighetsspørsmål.

Bevisvurderinger og troverdighetsspørsmål vil også kunne være avgjørende i saker om familieinnvandring. Hvis det er mistanke om proforma er partenes troverdighet ofte avgjørende for vedtaket. Dette illustrerer at det også kan være behov for nemndbehandling i andre saker enn beskyttelsessaker.

En vurdering av troverdighet på bakgrunn av skriftlig dokumentasjon er uheldig. Dette vil for eksempel være tilfelle der det ikke er mulig å fremskaffe ekteskapsdokumenter med tilstrekkelig notoritet. For at partene skal kunne sannsynliggjøre ekteskapet er det helt nødvendig at de får forklart seg for en nemnd.

I saker om utvisning på bakgrunn av brudd på utlendingsloven (ul.), kan det også være troverdighetsspørsmål og vanskelige bevisvurderinger. Dette vil for eksempel gjelde hvilket land utlendingen kommer fra. Dersom man utvises fordi utlendingsforvaltningen mener at utlendingen har oppgitt uriktige opplysninger om opprinnelsesland, vil vurderingen være den samme som i beskyttelsessaken hvor utlendingen avga den påståtte uriktige opplysningen. Dette gjelder tilsvarende for vern mot retur etter ul. § 73, som ofte er bestemmende i utvisningsvurderingen.

Det er inkonsekvent at en utlending som har søkt om beskyttelse skal få sin sak vurdert av en nemnd, mens en som har blitt utvist blir avskåret fra å få sin sak behandlet i nemnd når de samme spørsmålene gjør seg gjeldende.

Eksemplene viser at behovet for nemndbehandling i andre saker enn beskyttelsessaker ofte vil være tilsvarende stort. Dette understreker ytterligere at det kategoriske skillet som er foreslått av utvalget ikke er godt nok begrunnet. Argumentene for å opprettholde skillet er derfor ikke holdbare.

2. Kapittel 14 – Utlendingsdirektoratets rolle i klagebehandlingen

Juss-Buss er i utgangspunktet kritiske til rollen UDI har i dagens klagebehandling. Bakgrunnen for dette er at sakene ikke opplyses i tilstrekkelig grad før vedtak fattes. Utrednings- og informasjonsplikten fungerer ikke tilfredsstillende, noe som fører til at rettsikkerheten og legitimiteten svekkes.

Selv om Juss-Buss er positive til at UDI gis en mer partslignende rolle i forbindelse med klagebehandlingen, støtter vi likevel utvalgets forslag om ikke å innføre en partsprosess. En partsprosess vil kreve at det gis fri rettshjelp i alle utlendingssaker og at det stilles strengere krav med tanke på kvaliteten av rettshjelpen som gis. Slik dagens situasjon er, tviler Juss-Buss på at dette vil være praktisk gjennomførbart.

For å sikre kontradiksjon og at sakene blir tilstrekkelig opplyst, kreves det derimot større endringer av dagens ordningen enn hva utvalget legger til grunn. Utvidet innsynsrett er ikke tilstrekkelig for å sikre kontradiksjonen og tilstrekkelig opplysning av saken. Juss-Buss mener mange av svakhetene ved dagens ordning kan avhjelpes med mulighet for personlig fremmøte.

3. Kapittel 15 – Stornemnd og andre former for utvidet nemnd

Juss-Buss er enig med utvalget i at ordningen med stornemnd ikke har vært effektiv. Opprettelsen av stornemnd skulle sikre ensartet praksis. Dette er et meget viktig hensyn, som ikke har vært

tilstrekkelig ivaretatt gjennom dagens ordning. Vi mener hensynet blant annet kan sikres ved større grad av offentliggjøring enn i dag, slik at det gis et reelt bilde av hva praksisen er.

4. Kapittel 16 – Omgjøringsbegjæringer

Juss-Buss stiller seg negative til utvalgets innstilling om å begrense adgangen til ny behandling av utlendingssaker. I 2009 ble ca. 6,0 % av omgjøringsbegjæringene tatt til følge. Dette innebærer at ca. 194 vedtak ble omgjort. At man i så stor grad omgjør vedtak viser at det er nødvendig med en vid adgang til realitetsbehandling av omgjøringsbegjæringer. Juss-Buss ønsker en videreføring av dagens ordning til tross for at denne er ressurskrevende. Personers rettssikkerhet kan ikke vike på grunn av ressurs hensyn.

Det er særlig viktig at muligheten for å få realitetsbehandlet omgjøringsbegjæringer er stor innenfor utlendingsretten. Bakgrunnen for dette er at det gjelder vedtak av stor velferdsmessig betydning, hvor adgangen til å prøve saken for domstolen er svært liten. Det er kostbart å få en rettslig overprøving i domstolen. Utlendinger har svært sjelden ressurser til dette. I tillegg er det store begrensninger med tanke på hvem som får fri rettshjelp.

Juss-Buss er kritiske til et krav om sannsynlighetsovervekt for at den nye behandlingen av utlendingssaken vil få et positivt utfall. Et slikt krav vil innebære en alt for høy terskel for å få saken prøvd på nytt. Videre vil ikke en slik vurdering føre til en individuell og konkret vurdering av den enkelte saken. Vi frykter at en så høy terskel vil gjøre at det i praksis ikke blir noen adgang til å få realitetsbehandlet omgjøringsbegjæringer.

Forvaltningen har en plikt til å omgjøre inngripende vedtak som er ugyldige. Denne plikten kan ikke settes til side av et krav om å ha kjent bosted. Et krav om kjent bosted vil heller ikke senke antallet ubegrunnede omgjøringsbegjæringer spesielt, men bare antallet omgjøringsbegjæringer generelt. Et slikt krav har ingen sammenheng med hvorvidt forvaltningen har fattet et ugyldig vedtak. Et forslag som fører til slike konsekvenser er i seg selv uholdbart.

Som en absolutt minsteterskel må det være en mulighet til å klage på at en omgjøringsbegjæring ikke skal behandles. Det er ikke tilstrekkelig at underinstansen alene kan ta denne avgjørelsen. Det vil ofte være klageinstansen som har sett på saken sist, og det kan dermed oppstå en form for lojalitetsforhold.

5. Kapittel 18 – Departementets instruksjonsmyndighet over klageinstansen

Juss-Buss er ikke enig i at departementet skal gis en generell instruksjonsmyndighet over klageinstansen.

UNE var i utgangspunktet tiltenkt rollen som et uavhengig domstolslignende klageorgan. Rettsikkerhet og hensynet til legitimitet gjorde det nødvendig å gjøre unntak fra den alminnelige instruksjonsmyndigheten i forvaltningen. Juss-Buss mener disse hensynene fortsatt gjør seg gjeldende med samme styrke. Vi etterlyser samtidig en grundigere begrunnelse for hvorfor hensynene ikke lengre tillegges samme vekt.

Utvalget foreslår at instruksjon skal være avskåret i beskyttelsessaker fordi disse sakene står i en særstilling. Det vises til at hensynet til legitimitet har en annen betydning fordi sakene er inngripende, og området er sterkt regelbundet.

Juss-Buss bemerker at også andre deler av utlendingsretten er bundet av våre internasjonale

forpliktelser, og som påpekt er det ikke kun i beskyttelsessaker at vedtak vil være inngripende. Vi mener at hensynene som begrunner unntak fra instruksjon i beskyttelsessaker også gjelder i andre oppholdssaker.

På nåværende tidspunkt stilles det ikke noen spesielle formkrav til instruksjer. Vi mener at det vil innebære at utlendingsretten blir et mindre forståelig og mindre tilgjengelig rettsområde. Vår erfaring tilsier at utlendinger har store vanskeligheter med å orientere seg i regelverket på utlendingsfeltet. Med en utvidet instruksjonsmyndighet vil regelverket bli enda mer komplekst. For rettshjelpere vil det også bli vanskeligere å formidle riktig juss til utlendingene. Selv om en instruks kun retter seg mot og er bindende for forvaltningen, vil den i praksis ha betydning for utfallet i enkeltsaker.

I dag stilles det ingen krav til kunngjøring av instruksjer, i motsetning til det som er påkrevd for lover og forskrifter. Dette innebærer at utlendinger og rettshjelpere vil ha vanskeligheter med å finne frem til instruksene som vil gjelde for vedkommende. Videre innebærer det at utlendinger vil ha vanskelig for å oppfatte og innrette seg etter endringer i gjeldende rett. I motsetning til ved utformingen av en forskrift, vil det ved utformingen av instruksjer ikke være noen plikt for forvaltningen til å innhente synspunkter. Det vil medføre at det blir svært vanskelig for berørte organisasjoner å uttale seg. Faren ved dette er at ikke alle relevante synspunkter vil komme frem. Dette vil svekke den demokratiske legitimiteten.

Videre mener vi at toinstansbehandlingen vil bli illusorisk på de områder hvor departementet eventuelt gis en myndighet til å gi instruksjer om lovtolkning, skjønnsutøvelse, faktum og saksbehandling. Når de samme momentene vil bli vektlagt av både førsteinstansen og klageinstansen, vil klageadgangen kun være reell ved saksbehandlingsfeil.

Det påpekes at hensynet til effektivitet tilsier en utvidet rett til instruksjon. Begrunnelsen er at de faktiske forholdene på utlendingsfeltet skifter raskt. Det er derfor vanskelig å forutsi utviklingen. Nye faktiske forhold skal imidlertid allerede legges til grunn i klagesaker så snart nødvendig kunnskap og dokumentasjon foreligger. Fordi klageinstansen har bedre faglige forutsetninger og oversikt enn departementet, vil de kunne tilpasse praksis etter de faktiske forholdene. Departementet har allerede mulighet til å stille politisk betente utlendingssaker i bero i påvente av forskriftsendring, jf. ul. § 76 annet ledd, tredje punktum. Vi mener derfor at hensynet til effektivitet har begrenset vekt. Politisk styring bør skje gjennom vedtakelse av lov og forskrift.

Begrunnelsen for opprettelsen av UNE var at klageorganet i utlendingssaker skulle få økt legitimitet ved at klageorganet var et uavhengig organ med lekmannsrepresentasjon. Med en utvidet instruksjonsmyndighet er klageorganet ikke lenger uavhengig, slik forutsetningen var ved opprettelsen. For et organ med domstolslignende trekk er tillit til at avgjørelser treffes på grunnlag av rettsregler, og ikke politiske instruksjer, helt avgjørende for organets legitimitet. Utlendingsretten er et betent rettsområde. Utlendingssaker vekker stor medieinteresse. Juss-Buss er bekymret for at politikere vil kunne føle press til å iverksette tiltak gjennom instruks fort og uten grundig utredning, noe som kreves ved forskriftsendring. Den demokratiske legitimiteten styrkes gjennom grundige demokratiske prosesser, som for eksempel høring av berørte instanser. Det styrker ikke den demokratiske legitimiteten at den som "roper høyest" i mediene får sin sak prioritert. Dersom legitimiteten til organet svekkes, kan flere utlendinger ha et ønske om å ta saken til domstolen. Dette kan være problematisk fordi utlendinger ofte er en økonomisk svak gruppe.

Vi mener at økt mulighet til instruksjon vil føre til at legitimiteten, toinstansbehandlingen og rettsikkerheten svekkes.

Juss-Buss mener vektingen av rettsikkerhet, legitimitet, effektivitet og politisk styring er uheldig. Vi mener at hensynet til politisk styring er vektet for tungt i forhold til de andre hensynene som gjør seg gjeldende. Spesielt taler hensynene til rettsikkerhet og legitimitet mot at departementet gis utvidet instruksjonsmyndighet over klageinstansen.

6. Kapittel 19 – Foreleggelse av prinsipielle enkeltsaker for departementet eller regjeringen

Juss-Buss støtter utvalgets innstilling om at det ikke bør innføres en ordning som åpner for at departementet eller regjeringen kan forelegges enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse.

7. Oppsummering

Juss-Buss vil i korthet foreslå følgende endringer:

- Oppholdssaker bør ikke være avskåret fra å bli behandlet i nemnd
- Mulighet for personlig fremmøte for å sikre kontradiksjon og at saken blir tilstrekkelig opplyst
- Ensartet praksis må blant annet sikres ved offentliggjøring av praksis
- Adgangen til å sende omgjøringsbegjæringer må være den samme som i dag
- Departementet burde ikke ha en generell instruksjonsmyndighet over klageorganet

Vi takker departementet for tilliten som høringsinstans. Vi kan gjerne kontaktes om det skulle være spørsmål eller behov for utdypende kommentarer.

Med vennlig hilsen
for Juss-Buss,

Jon Erik Aamdal Lundgaard

Elisabeth Robstad

Elise Nygård

Katrine Skjelten

Maria Sophie Kaiser