

Justis- og politidepartementet
Postboks 8005 Dep
0030 OSLO

Dato: 07.10.2011
Deres ref.: 201101409
Vår ref.: 2011/12842MAGNUSFA

Høring - NOU 2010:12 Ny klageordning for utlendingssaker

Det vises til Justis – og politidepartementets høringsbrev av 16. mai 2011 om NOU 2010: 12 Ny klageordning for utlendingssaker.

Norsk senter for menneskerettigheter (SMR) er Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter (NI), jfr. kgl. res. av 21. september 2001. Som NI er senteret gitt en særskilt rolle for å sikre at de internasjonalt vedtatte menneskerettighetsnormer som Norge er bundet av respekteres og oppfylles av norske myndigheter. Utarbeidelse av høringsuttalelser ved myndighetsinitiativer av betydning for menneskerettighetenes stilling i Norge, er et sentralt ledd i SMRs virksomhet som nasjonal institusjon.

1. Innledende merknader

1.1 De menneskerettslige rammene

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) fastslår statens plikt til å sikre effektivt rettsmiddel i forhold til brudd på konvensjonens bestemmelser jf. artikkel 2 nr. 3 bokstav a). Den samme rettigheten er fastsatt i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 13. I tillegg oppstilles særskilte regler om behandling av utvisningssaker for utlendinger med lovlig opphold i landet etter både SP artikkel 13 og EMK syvende tilleggsprotokoll artikkel 1.

1.2 Merknader til utredningens kapittel 8.2 om Menneskerettighetskonvensjonene

De aktuelle menneskerettslige bestemmelsene omtales i utredningens kapittel 8. 2 om Menneskerettighetskonvensjonene. Når det gjelder bestemmelsene i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter er disse kun nevnt, det sies ingenting om hvilke virkninger bestemmelsene har for denne type saker, eventuelt hvorfor de ikke har noen virkninger og dermed ikke omtales nærmere. Når det gjelder Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen er gjennomgangen grundigere. Blant annet refereres det til praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i tolkningen av artikkel 13 om retten til et effektivt rettsmiddel, der saken gjelder beskyttelse mot retur ved risiko for tortur etter EMK artikkel 3. I andre vurderinger av menneskerettighetene trekkes det derimot en del konklusjoner uten nødvendige begrunnelser og referanser. For eksempel fastslås det at EMK artikkel 6 ikke gjelder for en del utlendingssaker med



Norsk senter for menneskerettigheter
Postadr.: Postboks 6706 St. Olavs plass,
0130 OSLO
Kontoradr.:

Telefon: 22 84 20 01
Telefaks: 22 84 20 02
postmottak@jus.uio.no
www.humanrights.uio.no
Org.nr.: 971 035 854

en generell henvisning til praksis fra EMD. Et annet eksempel er når det fastslås at «Konvensjonsbestemmelsen krever <..> ikke muntlig behandling...», uten at denne konklusjonen gis noen forankring.

SMR mener gjennomgangen av de menneskerettslige rammene kunne vært utdypet. Det er mulig at en grundigere gjennomgang ikke ville gitt noen vesentlige innholdsmessige endringer i teksten, men grundige gjennomganger av de relevante menneskerettslige forpliktelsene er viktig både av pedagogiske hensyn og for å synliggjøre at myndighetene har tatt hensyn til de gjeldende regler i sitt arbeid med utredningen. Vi viser i denne sammenheng til departementenes høringsinstruks der det fastslås at de menneskerettslige konsekvenser i saker skal utredes.

1.3 Generelt om forslaget

SMR mener det er positivt at norske myndigheter nå har foretatt en gjennomgang av klageordningen på utlendingsfeltet. På enkelte områder innebærer utvalgets forslag styrket rettsikkerhet for klagerne. Det er særlig positivt å konstatere at asylsaker hvor klagerens forklaring ikke legges til grunn foreslås behandlet i nemnd med møte- og uttalelsesrett for klager. For disse sakstypene er det også foreslått en styrking av nemndbehandlingen gjennom endring av saksbehandlingsreglene. Samtidig har SMR innvendinger til utvalgets forslag.

Norsk senter for menneskerettigheter ønsker videre å kommentere tre hovedpunkter i vår høringsuttalelse:

- På et overordnet plan oppfordrer SMR norske myndigheter til å vurdere utvalgets forslag om ny klageordning i et helhetlig perspektiv. Spørsmålet bør etter vår oppfatning ses i lys av utlendingers reelle adgang til å prøve klager for norske domstoler. Vurderingstemaet bør være om klagesystemet som *helhet* gir et effektivt vern mot konvensjonskrenkelser i tråd med EMK artikkel 13.
- Senteret mener vurderinger av ny klageordning burde tatt utgangspunkt i best mulig rettssikkerhet for den enkelte, og finner det derfor uheldig at en vurdering av mulighetene for politisk styring utgjør en så sentral del av utvalgets mandat. Politisk styring behøver i seg selv ikke å være problematisk, men det grunnleggende hensynet bør alltid være rettssikkerheten.
- Det foreslåtte skillet mellom sakstyper hvor det gis adgang til muntlig nemndbehandling, og sakstyper hvor denne adgangen er avskåret, synes ikke naturlig. Å underlegge saker ulik type behandling bør begrunnes i hensynet til rettssikkerhet og se hen til sakens kompleksitet og hvor alvorlige følger avgjørelsen kan få for den enkelte. Senteret kan ikke se at rettssikkerhetsmessige hensyn er tilstrekkelig ivaretatt i forslaget om ulik behandling av ulike kategorier av saker, og anser dette som problematisk.

SMRs kommentarer knyttet til disse tre temaene utdypes nærmere i punktene nedenfor.

2. Behov for en helhetlig vurdering

2.1 Endring av klageinstansens karakter

Utvalgets forslag innebærer at den nye klageinstansen ikke lenger vil være et uavhengig organ, men et ordinært forvaltningsorgan.¹ Disse endringene innebærer at den nåværende klageordningen endrer karakter. I realiteten etableres et nytt ordinært forvaltningstrinn for alle utlendingssaker unntatt asylsakene. På et overordnet plan oppfordrer SMR norske myndigheter til å vurdere utvalgets forslag om ny klageordning i et helhetlig perspektiv. Spørsmålet bør etter vår oppfatning ses i lys av utlendingers reelle adgang til å prøve klager for norske domstoler. Vurderingstemaet bør være om klagesystemet som *helhet* gir et effektivt vern mot konvensjonskrenkelser i tråd med EMK artikkel 13. SMR oppfordrer myndighetene til å vurdere utvalgets forslag i lys av dette spørsmålet. Senteret anerkjenner at dette spørsmålet lå utenfor utvalgets mandat.

2.1 Domstolene som rettsmiddel

Utvalget uttaler at den generelle adgangen til å få prøvd forvaltningsavgjørelser for domstolene som hovedregel må anses som et effektivt rettsmiddel i forhold til våre internasjonale forpliktelser (utredningens s.58). Videre uttales det at så lenge domstoladgangen er i behold, vil de internasjonale forpliktelsene i liten grad sette krav til hvordan den forutgående klagebehandlingen er organisert. Dette avhenger imidlertid av om adgangen til domstolene i praksis er reell for denne gruppen. Det kan reises spørsmål om hvor effektiv domstoladgangen er for utlendinger. Utlendinger har eksempelvis ikke krav på fri rettshjelp ved domstolsprøving av UNEs vedtak, fri sakførsel for domstolene gis bare unntaksvis etter lov om fri rettshjelp.² De særlige vernetingsreglene i klagesaker om utlendinger er et annet element som forvansker en effektiv adgang til domstolene.³

I Den europeiske menneskerettighetsdomstolens (EMD) praksis finnes det eksempler på at man har vurdert om flere prøvingsinstanser samlet sett tilfredsstillende kravene etter EMK artikkel 13.⁴ Vurderingstemaet er altså om klagesystemet som helhet gir et effektivt vern mot konvensjonskrenkelser i tråd med EMK artikkel 13. SMR oppfordrer derfor norske myndigheter om å vurdere utvalgets forslag til ny klageordning i lys av spørsmålet om effektiv prøving for domstolene.

¹ Se forslag til ny § 77, og merknader til bestemmelsen på s.149 i utredningen.

² § 16 tredje ledd.

³ Se utlendingsloven § 79 tredje ledd, som etablerer Oslo tingrett som fast verneting i klager på utlendingsfeltet.

⁴ Leander mot Sverige, klage nr. 9248/81, pkt. 76-84.

3. Departementets instruksjonsrett over klageinstansen (kapittel 18)

3.1 Forslaget

Det vises til utvalgets forslag om å gi departementet myndighet til å gi generelle instruksjoner i alle saker som ikke gjelder retten til beskyttelse (asyl). Etter forslaget skal departementet kunne instruere om lovtolkning, skjønnsutøvelse, faktum og saksbehandlingen for andre sakstyper.⁵

SMR støtter forslaget om ikke å utvide departementets instruksjonsadgang i asylsaker. SMR mener imidlertid det kan reises innvendinger mot å gi departementet adgang til å instruere klageinstansen i alle andre sakstyper, og begrunner dette særlig i hensynet til klagernes rettssikkerhet.

3.2 Generelt

Senteret mener det er bekymringsfullt at en sentral del av utvalgets mandat har vært å vurdere mulighetene for politisk styring. Mandatet burde tatt utgangspunkt i best mulig rettssikkerhet for den enkelte. Politisk styring behøver ikke være problematisk, det kan tvert imot være et gode, for eksempel i de saker der domstolsprøvingen er begrenset grunnet forvaltningens frie skjønn. Politisk styring vil derimot være problematisk dersom det griper inn i grunnleggende rettssikkerhetsmessige prinsipper som at alle saker skal behandles likt. En politisk inngripen i en sak grunnet press, for eksempel fra media, vil derfor være problematisk. Vårt prinsipielle syn er at jo større inngrep det er tale om å iverksette overfor individer, dess mer bør hensynet til rettssikkerhet vektlegges. Særlig gjelder dette spørsmål som omhandler Norges menneskerettslige forpliktelser.

UNE er per i dag et politisk uavhengig forvaltningsorgan med domstolliknende trekk.⁶ Et sentralt formål med å opprette et slikt administrativt klageorgan var å sikre en uavhengig og reell to-instansbehandling av slike saker. Dersom også deler av klageinstansen underlegges politisk kontroll reiser dette spørsmål om begrunnelsen for å operere med et andreinstansnivå. SMR anerkjenner det politiske behovet for å regulere innvandringsfeltet, men påpeker at innvandringen allerede er rettslig regulert gjennom lov og forskrift.

3.3 Begrunnelse og behov for instruksjonsadgang?

De sentrale begrunnelsene for etableringen av UNE var å avlaste departementet og avpolitisere behandlingen. Saksmengden hadde økt, og det ble ansett som problematisk at departementet ivaretok faglige oppgaver som normalt ble utført av forvaltningsorgan, samtidig som det i samme

⁵ Dette følger motsetningsvis av utvalgets forslag til ny § 76 andre ledd.

⁶ Utlendingsloven § 77 første ledd.

saker skulle ha sekretariatsfunksjoner for politisk ledelse.⁷ SMR kan ikke se at utvalget begrunner hvorfor situasjonen nå er endret, og etterspør en grundigere forklaring på hvorfor hensynene som begrunnet opprettelsen av UNE, ikke lenger tillegges samme vekt.

Utvalget gir uttrykk for at behovet for å handle raskt utgjør en sentral begrunnelse for å utvide instruksjonsadgangen. Det kan imidlertid fremmes argumenter for at et slikt behov kan ivaretas med dagens ordning. Forskriftsendringer kan i dag gjennomføres raskt ved å sette korte høringsfrister. I tillegg har departementet adgang til å instruere UNE om berostillelse av saker i påvente av regelendring.⁸ Utvalget fremhever videre at politisk styring gjennom instruks gir større muligheter for utlendinger til å klarlegge om saken er behandlet i tråd med hensynet til likebehandling. En alternativ tilnærming for å avhjelpe et slikt behov kan være at klageorganet i større grad bidrar til åpenhet om praksis ved offentliggjøring av (anonymiserte) vedtak.

Når det gjelder vurderinger som er unntatt domstolskontroll på grunn av forvaltningens frie skjønn, anerkjenner SMR behovet for å muliggjøre økt overprøving av slike vedtak. Det bør imidlertid utredes nærmere om dette i stedet kan løses gjennom lovendringer som sikrer økt mulighet for domstolskontroll.

3.4 Klageordninger i andre land

Det vises for øvrig til utvalget mandat punkt 16, hvor det fremgår at utvalget bør se hen til hvordan klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet er organisert i andre land. Tendensen i Europa går i retning av økt rettsliggjøring gjennom opprettelse av uavhengige forvaltningsdomstoler. SMR mener det kan være grunnlag for å utrede slike løsninger nærmere.

4. Organisering av klagesaksbehandlingen i utlendingssaker (kapittel 12)

4.1 Forslaget

Det vises til utvalgets forslag om en inndeling av den nye klageinstansen i de to avdelingene Utlendingsklage og Flyktningemnda (kap.12.4.7). Som det fremgår av forslaget, skal hovedforskjellen på disse avdelingene være behandlingsformen. Asylsaker hvor det er gitt utsatt iverksettelse skal behandles i Flyktningemnda, og her skal hovedregelen være muntlig behandling med personlig fremmøte for klageren. Alle andre klagesaker foreslås behandlet i avdelingen for Utlendingsklage, hvor behandlingen kun vil være skriftlig og foretas av en saksbehandler underlagt direktøren og klageinstansens øvrige ledelse. Dette omfatter saker om visum, opphold i forbindelse med studier og arbeid, familieinnvandring, utvisning og statsborgerskap, i tillegg til søknader om asyl der det ikke er gitt utsatt iverksettelse. Alle klager på at Norge ikke vil realitetsbehandle en asylsøknad, herunder alle klager på avslag etter Dublin-

⁷ Ot.prp. nr. 17 (1998-99), s. 37 flg.

⁸ Jf. utlendingsloven § 76 første ledd andre setning.

forordningen, behandles også i denne avdelingen. Dagens mulighet til klagebehandling i nemndmøte, eller til behandling av nemndleder, faller bort for alle disse sakstypene.

4.2 Absolutt skille mellom sakstyper

Et skille mellom saker til ulik behandling er ikke i seg selv problematisk. Problemet er at dette skillet ikke synes tilstrekkelig begrunnet i hensynet til rettssikkerhet. Etter senterets syn etablerer forslaget et kunstig skille med hensyn til hvilke sakstyper som skal kunne behandles i nemnd, med de økte muligheter for muntlig sakførsel og kontradiktorisk behandling dette innebærer. Fra et rettssikkerhetsståsted bør et skille mellom ulike type saker gå på sakens kompleksitet og hvor alvorlige følger avgjørelsen kan få for søker, fremfor sakstype.

Begrunnelsen for at klager om asyl som hovedregel skal underlegges muntlig prøving er at det er tale om svært inngripende tiltak med store velferdsmessige konsekvenser, og at bevissituasjonen i asylsaker stiller strenge krav til rettssikkerhet og kontradiktorisk behandling. SMR slutter seg til dette, men ønsker å påpeke at denne begrunnelsen også er gyldig i en rekke andre saker.

4.3 Asylsaker avskåret fra nemndbehandling

4.3.1 Ikke utsatt iverksettelse

Utvalget foreslår at det bare er asylsøkere som har fått utsatt iverksettelse som skal ha adgang til nemndbehandling. SMR er enig i at man som hovedregel ikke bør prioritere slike saker for nemndbehandling. Samtidig mener SMR at det bør innføres en mulighet for å behandle enkelte slike saker i nemnd, særlig i saker som reiser tvilsspørsmål vedrørende Norges menneskerettslige forpliktelser.

I Dublin-sakene kan vedtak iverksettes før klagebehandling, og det er derfor ikke foreslått adgang til nemndbehandling. EMD-saken M.S.S. mot Belgia og Hellas utgjør imidlertid et eksempel på at overføring til et annet land i Dublin-samarbeidet kan ha svært alvorlige konsekvenser for klager.⁹ Saken omhandlet en afghansk statsborger som ble bortvist fra Belgia til Hellas i tråd med Dublin-samarbeidet, uten å ha fått realitetsbehandlet asylsøknaden. Domstolen fastslo at klageren ble utsatt for behandling i strid med EMK artikkel 3 i Hellas. Domstolen konkluderte blant annet med at Belgia hadde krenket artikkel 13 sammenhold med artikkel 3 på grunn av manglende effektivt rettsmiddel mot bortvisningsvedtaket.¹⁰ Det er grunn til å påpeke at Norge i samme tidsrom gjennomførte returer til Hellas i medhold av Dublin-forordningen. Dommen illustrerer at det ikke bare er de ordinære asylsakene som kan ha svært alvorlige konsekvenser for en klager. Norske

⁹ Klage nr. 30696/09.

¹⁰ Domstolen pekte blant annet på at hastesaksprosedyren i Belgia innebar innskrenkede rettigheter for klagerne, begrenset vurderingen av saken til et minimum og flyttet uforholdsmessig stor bevisbyrde over på klagerne.

myndigheter bør i det videre arbeidet med utvalgets forslag ta stilling hvordan man best kan ivareta rettssikkerheten i slike saker.

4.3.2 Saker hvor klagers forklaring legges til grunn

Utvalget foreslår at muntlig nemndbehandling skal være utelukket i alle saker der klagers forklaring legges til grunn. SMR ønsker å påpeke at det i asylsakene kan oppstå behov for en bredere saksopplysning utover det som går på tvil om klagerens troverdighet. Det kan eksempelvis oppstå vesentlige endringer i klagerens hjemland mens vedkommende oppholder seg i Norge. Slike endringer kan ha konsekvenser for vurderingen av klagerens beskyttelsesbehov. Der slike hendelser vesentlig endrer grunnlaget for klagerens asylsøknad kan det være uheldig om klager ikke har anledning til å avgi en forklaring som er relevant i forhold til de endrede omstendighetene. SMR anbefaler derfor at det gis mulighet til nemndbehandling også i saker der klagers forklaring legges til grunn. Norske myndigheter bør i det videre arbeidet med utvalgets forslag ta stilling hvordan man best kan ivareta rettssikkerheten i slike saker.

4.4 Andre sakstyper

Som utvalget selv påpeker har også klager om familieinnvandring og utvisning stor velferdsmessig betydning for den enkelte og dennes familie. Dette gjelder særlig i utvisningssakene, der det absolutte vernet mot utsendelse i utlendingsloven § 73 kan utgjøre et vurderingstema på lik linje med asylsakene.¹¹ Utvalget viser også til EMDs praksis som understreker viktigheten av et effektivt rettsmiddel i tilknytning til utlendingers absolutte vern mot å bli sendt til et land der de kan frykte behandling i strid med EMK artikkel 3.¹² I slike saker har EMD uttalt at artikkel 13 krever at klageorganet er i stand til å foreta en uavhengig og inngående («independent and rigorous») undersøkelse av beskyttelsesbehovet.¹³ Utvisningssakene innebærer også ofte vanskelige menneskerettslige vurderinger knyttet til retten til privat- og familielivet etter EMK artikkel 8. Det kan blant annet vises til EMDs dom *Nunez mot Norge*,¹⁴ der staten ble dømt for krenkelse av bestemmelsen etter å ha utvist en kvinne som hadde to barn i Norge.¹⁵ I saker som gjelder barn har FNs barnekomité understreket deres rett til å bli hørt,¹⁶ noe som best lar seg gjøre i en muntlig behandling.

¹¹ LB-2010-142363.

¹² Utredningen s. 55.

¹³ Jabari mot Tyrkia, klage nr. 40035/98.

¹⁴ Klage nr. 55597/09

¹⁵ Se også Høyesteretts dom av 28. juni 2011, HR-2011-1280-A.

¹⁶ FNs barnekomité, Generell kommentar nr. 12 (2009), Barnets rett til å bli hørt, 20. juli 2009 [CRC/C/GC/12].

I lys av dette fremstår det inkonsekvent at en asylklagers beskyttelsesbehov kan gjøres til gjenstand for muntlig behandling, mens en vurdering av utvisning for utlendinger med lovlig opphold uten unntak skal underlegges ordinær forvaltningsbehandling.

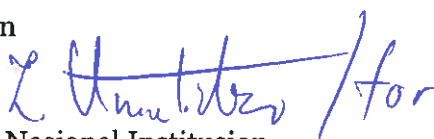
SMR mener grunnleggende rettssikkerhetshensyn taler for å åpne for adgang til muntlig nemndbehandling også i andre utlendingssaker der det er tale om store velferdsmessige konsekvenser. Det bør også vurderes å innføre en unntakshjemmel i andre utlendingssaker der vedtak vil ha svært stor betydning for søker, eventuelt søkers barn.¹⁷ Dette gjelder særlig vedrørende klager om familiegjenforening og statsborgerskap.

5. Oppsummering

- SMR oppfordrer norske myndigheter til å vurdere utvalgets forslag om ny klageordning i et helhetlig perspektiv. I lys av de foreslåtte endringene av klageordningen vil vi sterkt anbefale en nærmere utredning av om den eksisterende adgangen til domstolene utgjør et tilstrekkelig effektivt rettsmiddel etter EMK artikkel 13.
- SMR mener forslaget om generell instruksjonsadgang for klageinstansen reiser særlige utfordringer i lys av hensynet til rettssikkerhet. Vi forventer at norske myndigheter foretar en grundig vurdering av rettssikkerheten i sammenheng med det fremlagte forslaget.
- SMR mener rettssikkerheten ikke er tilstrekkelig ivaretatt dersom muligheten for muntlig nemndbehandling skal være fullstendig avskåret i alle andre saker enn i asylsaker med utsatt iverksettelse og der klagers forklaring legges til grunn. Vi anbefaler derfor at myndighetene innfører unntaksbestemmelser som gir adgang til nemndbehandling i disse asylsakene. En tilsvarende unntakshjemmel bør etter SMRs oppfatning innføres for andre sakstyper med stor betydning for søker, som saker om utvisning, familiegjenforening og statsborgerskap.

Med vennlig hilsen

Kristin Høgdahl
Fungerende leder Nasjonal Institusjon



Johannes Flisnes Nilsen
Førstekonsulent

¹⁷ Jf. prinsippet om barnets beste som et grunnleggende hensyn i FNs barnekonvensjon artikkel 3.