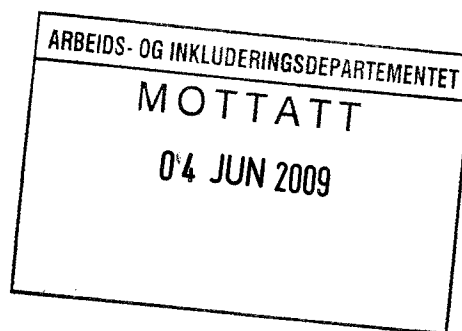




Arbeids- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8019 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr- e-post til keab@aid.dep.no



Deres ref:
200901648-/KEAB

Vår ref: #80824v1/th-th

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

26.05.2009

Høringsuttalelse - kapittel 4, 17, 18 og 20 i ny utlendingsforskrift

I. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 23. mars 2009 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 sonderer 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), Kjell T. Dahl, Knut Olaf Eldhuset, Halvor Frihagen, Arild Humlen, Cecilie E. Schjatvet og Jonas Myhre.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

II. Sakens bakgrunn

Høringsbrevet vedrører forslag til ny utlendingsforskrift som er ment å trå i kraft samtidig med ny utlendingslov 1. januar 2010.

Høringsbrevet behandler forslag til ny utlendingsforskrift kapitel 4, 17, 18 og 20, som berører svært ulike deler av utlendingsloven.

Advokatforeningen vil konsentrere sin uttalelse om kapitel 17 om saksbehandling.

III. Kommentarer til de enkelte forslagene

1. Kap 4 Kontroll med inn- og utreise mv

Advokatforeningen er enig i at forskriften i hovedsak er en videreføring av dagens bestemmelser.

Når det gjelder forpliktelsene som følger av Schengensamarbeidet, mener Advokatforeningen det er viktig at forpliktelsene tydeliggjøres i forskrift. Advokatforeningen er fornøyd med at grenseforordningen med vedlegg inntas som vedlegg til forskriften.

2. Kap 17 Saksbehandling

Utkast til ny forskrift kapitel 17 om saksbehandling henviser et par steder til ny utlendingslov "§ 126". Advokatforeningen antar at dette er en skrivefeil, da det ikke finnes noen § 126 i ny utlendingslov. Advokatforeningen formoder at utkastet skulle ha henvist til § 124, som er lovhjemmel for forskriftsreguleringen.

Advokatforeningen vil innledningsvis understreke hva som fremgår av ny utlendingslov § 80; nemlig at forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av "loven her". Utlendingsloven er en særlov som går foran forvaltningsloven. Forskriftsregulering i ny utlendingsforskrift går ikke foran forvaltningsloven.

I den grad forslag til ny utlendingsforskrift gir rettigheter som ikke følger av lovens bestemmelser, vil de likevel ikke gå foran forvaltningsloven, slik som departementet synes å legge til grunn.

Ny utlendingsforskrift § 17-1

I pkt 17.1, side 20 i høringsbrevet, behandler departementet partsbegrepet i forvaltningsloven § 2, første ledd, bokstav e, - i relasjon til utlendingsloven. Det mest praktiske spørsmål er om herboende referanse skal ha partsrettigheter i sak om familieinnvandring. Temaet er ikke behandlet i ny utlendingslov. I forslag til ny utlendingsforskrift § 17-1, første ledd, statueres det naturlige utgangspunkt, som for øvrig er i overensstemmelse med forvaltningsloven, nemlig at det er søkeren som anses som part. I tredje ledd, annet punktum, oppstilles imidlertid et unntak, som ikke kan utledes av forvaltningsloven; at en part under gitte omstendigheter kan la seg bistå av fullmektig; typisk herboende referanse, uten at det foreligger skriftlig fullmakt, jf forvaltningsloven § 12.

Advokatforeningen er enig i at den aktuelle unntaksbestemmelse er hensiktsmessig når det står; *"Dersom det for eksempel på grunn av krig, manglende infrastruktur eller helsemessige forhold, er det umulig eller uforholdsmessig vanskelig å fremlegge skriftlig fullmakt, kan det i særlige tilfeller legges til grunn at en annen opptrer som fullmektig uten skriftlig fullmakt."*

Advokatforeningen vil imidlertid understreke at det er EMK art 13, jf artikkel 8, som gir hjemmel for en slik lovforståelse. Advokatforeningen mener derfor at det er forrangbestemmelsen i ny utlendingslov § 3 ("Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale forpliktelser som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.") som gir grunnlag for å oppstille det aktuelle unntak, og ikke regelen om at spesiell forvaltningsrett går foran alminnelig forvaltningsrett i ny utlendingslov § 80.

Ny utlendingsforskrift § 17-2

Advokatforeningen registrerer at den nåværende utlendingsforskrift § 55 er tilnærmet bevart. Utlendingsforskriften § 55 i sin nåværende form, er hjemlet i utlendingsloven § 59 i kapitelet om forskjellige bestemmelser; ikke i kapitelet om saksbehandling. Utlendingsforskriften § 55 vedrører organiseringen av asylintervjuet; herunder forvaltningens plikt til å påse saken tilstrekkelig opplyst. Advokatforeningen synes det kan være hensiktsmessig at innholdet i § 55 fremkommer i kapitelet om saksbehandlingen, slik som i utkast til ny utlendingsforskrift § 17-2.

Advokatforeningen etterlyser imidlertid en tilsvarende forskriftsregulering hvor det fremgår nærmere hvordan uttaleretten skal organiseres for de øvrige saker etter ny utlendingslov § 81, slik som saker om utvisning, bortvisning og saker om tilbakekall.

Ny utlendingsforskrift § 17-3

Advokatforeningen finner det hensiktsmessig at den nye regelen om barns uttalerett fremkommer med henvisning til ny utlendingslov § 81 om uttalerett.

Ny utlendingsforskrift § 17-4

Advokatforeningen finner det hensiktsmessig at den nye regelen om samtale med barn i asylsaker fremkommer med henvisning til ny utlendingslov § 81 om uttalerett.

Ny utlendingsforskrift § 17-5

Advokatforeningen finner det hensiktsmessig at den nye regelen om samtale med barn i familieinnvandringsaker fremkommer med henvisning til ny utlendingslov § 81 om uttalerett.

Ny utlendingsforskrift § 17-6

Plikten for offentlige myndigheter til å varsle barnevernsmyndighetene hvis det er grunn til å tro at barn blir utsatt for mishandling eller alvorlig omsorgssvikt, følger allerede av barnevernloven § 6-4 annet ledd. Denne plikten gjelder allerede utlendingsmyndighetene, men en slik plikt pålegger ikke et asylmottak. Departementet foreslår i ny utlendingsforskrift at en slik plikt også skal pålegge "alle ansatte i asylmottak".

Advokatforeningen kan se at en slik regel kan gi positiv gevinst for barn som blir utsatt for mishandling. Advokatforeningen kan imidlertid ikke se at det er rettslig grunnlag for å pålegge "alle ansatte i asylmottak" en slik plikt, uten klar lovhjemmel. En lovendring er derfor nødvendig.

Ny utlendingsforskrift 17-20

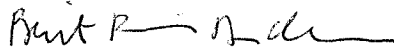
Forslag til ny utlendingsforskrift § 17-20 berører det frie advokatvalg. En utlending har den samme rett til å velge advokat som norske borgere, jf forvaltningsloven § 12. Advokatforeningen mener at forslag til ny forskrift tar feil utgangspunkt. Det er unntak fra det frie advokatvalg som må begrunnes; ikke omvendt.

Advokatforeningen kan derfor ikke se at det finnes lovhjemmel for forslaget og kan heller ikke støtte forslaget om at utlendingen bare kan bruke egen advokat – utenfor advokatvaktordning – dersom "særlige grunner tilsier det og saken ikke blir forsinket." Det kan ikke sees at det finnes begrunnelse for krav om "særlige grunner" for fritt advokatvalg.

Ut fra den saksbehandlingstid som finner sted hos offentlige myndigheter må det videre antas at en viss forsinkelse som skyldes advokatvalg ikke kan være tilstrekkelig alvorlig for å begrunne en innskrenkning i det frie advokatvalg. I en dublinsak har forvaltningen en typisk

saksbehandlingstid fra søknad til vedtak på 6-9 måneder, og utlendingen v/dennes advokat gis 48 timer til å inngi klage med begjæring om utsatt iverksettelse. Ut fra forvaltningens saksbehandlingstid kan det ikke sees at det foreligger hastverk i saken. I vurderingen av om advokatvalg vil innebære en forsinkelse av tilstrekkelig betydning til å begrense det frie advokatvalg må forventet forsinkelse som følge av advokatvalget sees i sammenheng med den totale saksbehandlingstiden i forvaltningen. Konklusjonen er derfor klar. Det er ikke grunnlag for innskrenkning i det frie advokatvalg.

Vennlig hilsen



Berit Reiss-Andersen
leder



Merete Smith
generalsekretær