

Innhold

1. Innledning	4
1.1. Bakgrunn	4
1.2. Disposisjon	4
1.3. Sammendrag av høringsnotatet	4
1.4. Spørsmål til høringsinstansene	6
2. Bakgrunn for forslaget.....	6
2.1. Norges rettslige grunnlag for Schengen-deltakelse	6
2.2. Videreutvikling av Schengen-regelverket – rettslige konsekvenser	6
2.3. Gjennomføringsfristen	7
2.4. EU-rettslig forankring	8
2.5. Returpolitikken i EU	8
2.6. Forholdet til Dublin II-forordningen.....	8
2.7. 20 retningslinjer for tvungen retur.....	10
3. Direktivets hovedinnhold	10
3.1. Systematikken i direktivet	10
3.2. Kort gjennomgang av direktivet.....	11
4. Direktivets krav til nasjonale tiltak	11
4.1. Direktivets formål – Artikkel 1	12
4.2. Anvendelsesområdet – Artikkel 2	12
4.2.1. Direktivets krav	12
4.2.2. Departementets vurdering og forslag	12
4.3. Terminologi – Artikkel 3.....	15
4.4. Forrangsbestemmelser – Artikkel 4	18
4.4.1. Direktivets krav	18
4.4.2. Departementets vurdering	18
4.5. Vern mot retur, barnets beste, retten til familieliv, og helse – Artikkel 5.....	19
4.5.1. Direktivets krav	19
4.5.2. Norsk rett	19
4.5.3. Departementets vurdering	19
4.6. Returvedtak – Artikkel 6	19
4.6.1. Direktivets krav	19

4.6.2.	Norsk rett	20
4.6.3.	Departementets vurdering og forslag	21
4.7.	Frivillig retur – Artikkel 7	23
4.7.1.	Direktivets krav	24
4.7.2.	Norsk rett	24
4.7.3.	Departementets vurdering og forslag	25
4.8.	Uttransportering – Artikkel 8	33
4.8.1.	Direktivets krav	33
4.8.2.	Norsk rett	34
4.8.3.	Departementets vurdering og forslag	34
4.9.	Utsatt uttransportering – Artikkel 9.....	36
4.9.1.	Direktivets krav	36
4.9.2.	Norsk rett	36
4.9.3.	Departementets vurdering	36
4.10.	Retur av enslige mindreårige – Artikkel 10.....	37
4.10.1.	Direktivets krav.....	37
4.10.2.	Norsk rett	37
4.10.3.	Departementets vurdering og forslag til ny lovtekst	37
4.11.	Innreiseforbud – Artikkel 11	38
4.11.1.	Direktivets krav.....	38
4.11.2.	Norsk rett	39
4.11.3.	Departementets vurdering og forslag	40
4.12.	Rettsikkerhetsgarantier – Artiklene 12, 13 og 14.....	43
4.12.1.	Direktivets krav.....	43
4.12.2.	Norsk rett	44
4.12.3.	Departementets vurdering.....	44
4.13.	Retts hjelp – Artikkel 13 (4)	44
4.14.	Fengsling for å sikre iverksetting – Artikkel 15.....	45
4.14.1.	Direktivets krav.....	45
4.14.2.	Norsk rett	46
4.14.3.	Departementets vurdering og forslag	46
4.15.	Fengslingsomstendigheter – Artikkel 16 (1)	50
4.15.1.	Direktivets krav.....	50
4.15.2.	Norsk rett	50

4.15.3.	Departementets vurdering.....	51
4.16.	De øvrige fengslingsbestemmelser – Artikkel 16 og 17	51
4.17.	Nødssituasjoner og avsluttende bestemmelser – Artikkel 18-23	52
4.17.1.	Nødssituasjoner	52
4.17.2.	Avsluttende bestemmelser	52
5.	Økonomiske og administrative konsekvenser	52
5.1.	Innledning	52
5.2.	Økt bruk av utvisningsinstituttet.....	53
5.2.1.	Innledning	53
5.2.2.	Utgifter til UDI, UNE og rettshjelpsområdet	54
5.2.3.	Utgifter til politiet	54
5.3.	Kontrollsystem.....	54
5.4.	Konklusjon.....	55
6.	FORSLAG TIL ENDRINGER I LOV 15. MAI 2008 NR. 35 OM UTLENDINGERS ADGANG TIL RIKET OG DERES OPPHOLD HER (UTLENDINGSLOVEN)	55

1. INNLEDNING

1.1. Bakgrunn

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

Hovedformålet med direktivet er å harmonisere returpraksis av tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig innenfor EU og på Schengen-territoriet. Direktivet skal videre stimulere til økt bruk av frivillig retur.

Departementet mener norsk rett i store trekk er i tråd med de krav direktivet oppstiller, men ser imidlertid at det er et behov for enkelte endringer i utlendingsloven. Disse oppsummeres i korte trekk nedenfor under 1.3, og gjennomgås grundigere i kapittel 4.

1.2. Disposisjon

Under kapittel 1.3 følger innledningsvis et kort sammendrag av det vesentligste innholdet i høringsnotatet. Sammendraget trekker frem de ulike rettsområdene i direktivet som nødvendiggjør endringer i norsk lov. I tillegg rettes det enkelte spørsmål til høringsinstansene under kapittel 1.4. Kapittel 2 omtaler bakgrunnen og rammen for direktivet, samt Norges relasjon til Schengen-samarbeidet, fristen for å implementere direktivet og den EU-rettslige forankringen. Kapittel 3 gir en kort og oversiktlig gjennomgang av direktivet, mens kapittel 4 i all hovedsak følger direktivets egen disposisjon. Her omtales samtlige artikler, men det foretas *kun* en grundig gjennomgang av de sentrale bestemmelsene som vil medføre endring i forhold til norsk rett. Gjennomgangen består for den enkelte artikkel av direktivets krav, norsk rett, departementets vurdering og eventuelt forslag til ny lovbestemmelse. Ved å utheve direktivets krav og den korresponderende norske rettstilstanden synliggjøres behovet for norske tiltak. Kapittel 5 redegjør for de økonomiske og administrative konsekvensene av direktivet, mens det i kapittel 6 avslutningsvis oppstilles en total oversikt over lovendringsforslagene.

1.3. Sammendrag av høringsnotatet

Direktivets anvendelsesområde

Direktivet gjelder i utgangspunktet enhver tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig i Norge. Det åpnes imidlertid for å unnlate å anvende direktivet i forhold til tredjelandsborgere som blir stoppet ved en Schengen-yttergrense og for personer som skal returneres som følge av en ilagt strafferettslig sanksjon, og for personer som skal utleveres. Departementet foreslår at man fra norsk side benytter muligheten for ikke å anvende direktivets bestemmelser i de nevnte tilfellene. Direktivets anvendelsesområde begrenses dermed. Direktivets anvendelsesområde drøftes nærmere under kapittel 4.2.

Periode for frivillig retur

Direktivet stiller som krav at et returvedtak skal inneholde en periode for frivillig retur før tvangsmessig retur iverksettes. Et returvedtak er et vedtak som slår fast et ulovlig opphold og dermed en plikt til å forlate riket. Departementet foreslår å endre utlendingsloven § 90 slik at retten til en periode for frivillig utreise tydeliggjøres. Perioden for frivillig retur skal i utgangspunktet settes til mellom syv og tretti dager, men kan forlenges om nødvendig. Direktivet styrker således rettsstillingen til tredjelandsborgere som har ulovlig opphold. Periode for frivillig retur drøftes nærmere under kapittel 4.7.

Utvisning

Direktivet har som formål å stimulere til økt bruk av frivillig retur. På den annen side oppstiller direktivet en klar utvisningsregel dersom en utlending ikke reiser frivillig. Vedkommende *skal* da utvises. På samme måte *skal* en utlending utvises dersom han ikke får innvilget en periode for frivillig retur. Det kan blant annet unnlates å gi frivillig retur dersom det foreligger unndragelsesfare.

Etter utlendingsloven er utvisning fakultativt. En utlending *kan* utvises på nærmere bestemte vilkår. Departementet foreslår derfor å innføre en skal-regel i forbindelse med utvisning, som vil føre til en strengere utvisningspraksis overfor personer som har ulovlig opphold.

På den annen side vil varigheten av et innreiseforbud i noen tilfeller reduseres. Mens det etter dagens lov og praksis ofte ilegges varig innreiseforbud når en person utvises, vil muligheten for dette innsnevres noe med direktivet. Hovedregelen etter direktivet, er at det ikke skal ilegges et innreiseforbud for mer enn fem år. Utvisning drøftes nærmere under kapittel 4.11.

Frihetsberøvelse

Direktivet regulerer fengsling av utlendinger som skal returneres. Departementet mener de norske fengslingsbestemmelsene i all hovedsak er i overensstemmelse med direktivet. På ett punkt må imidlertid fengslingsbestemmelsen i utlendingsloven endres. Det gjelder med hensyn til hvor lenge en utlending kan fengsles når vedkommende fengsles som ledd i en returprosess. Direktivet oppstiller en absolutt skranke for fengsling utover 18 måneder i disse tilfellene. Departementet foreslår derfor en lovendring i § 106 siste ledd, slik at det innføres en absolutt tidsbegrensning for frihetsberøvelse i disse tilfellene også i norsk rett. Dette drøftes nærmere under kapittel 4.14.

Unndragelsesfare

Direktivet opererer med begrepet unndragelsesfare i ulike sammenhenger. Det står sentralt i vurderingen av frivillig retur, utvisning og fengsling. Begrepet presiseres ikke nærmere i utlendingsloven. Departementet foreslår derfor en ny bestemmelse i utlendingsloven § 106 a som definerer begrepet, se kapittel 4.2.

Retur av enslige mindreårige

Direktivet definerer i hvilke tilfeller retur av enslige mindreårige skal skje. Departementet foreslår å innføre en lovbestemmelse som sikrer at retur av enslig mindreårig bare skal skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et forsvarlig omsorgstilbud, se kapittel 4.10.

1.4. Spørsmål til høringsinstansene

Departementet mener gjennomføring av returdirektivet nødvendiggjør endringer i utlendingsloven for så vidt gjelder utvisning, iverksetting av vedtak, fengsling, retur av enslige mindreårige og for å definere unndragelsesfare. Dersom høringsinstansene mener det er ytterligere behov for lovendringer innenfor disse eller andre områder, ber vi om at dette belyses i høringssvaret. I tillegg bes høringsinstansene særlig å kommentere de foreslåtte lovendringene.

Før øvrig bes berørte høringsinstanser om å synliggjøre eventuelle 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. Se nærmere redegjørelse under kapittel 4.14.

2. BAKGRUNN FOR FORSLAGET

2.1. Norges rettslige grunnlag for Schengen-deltakelse

Den 30. juli 1997 ratifiserte Norge samarbeidsavtalen av 19. desember 1996 mellom Norge, Island og Schengen-landene. EU-landene var på dette tidspunkt inne i den avsluttende fasen av en omfattende prosess med sikte på å revidere sitt traktatgrunnlag. Arbeidet ble avsluttet i Amsterdam 16.-17. juni 1997, og munnet ut i den såkalte Amsterdam-traktaten. Som ledd i traktatrevisjonen besluttet EU-landene blant annet å integrere Schengen-samarbeidet i EU.

Den 18. mai 1999 inngikk Norge avtale med EU om tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutvikling av Schengen-regelverket.¹ Denne avtalen erstatter samarbeidsavtalen fra 1996. Det følger også av avtalen og forutsetningen for samarbeidet, at Norge skal implementere nytt EU-regelverk som er en videreutvikling av tidligere Schengen-regelverk.

2.2. Videreutvikling av Schengen-regelverket – rettslige konsekvenser

Det følger av returdirektivets forale nummer 28 at direktivet er en videreutvikling av Schengen-regelverket. Returdirektivet ble ansett å være Schengen-relevant i henhold til Rådsbeslutning 1999/437/EC artikkel 1 bokstav c. Bestemmelsen omfatter blant annet utvisning av tredjelandborgere. Direktivet skal for øvrig bidra til å bekjempe ulovlig migrasjon og ulovlig opphold på Schengen-territoriet.

¹ Avtale inngått mellom Rådet for den europeiske union og Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket.

Norge skal på selvstendig grunnlag avgjøre om innholdet i rettsakten skal godtas og innarbeides i intern rett, jf. tilknytningsavtalen artikkel 8 (2) (a). Dersom Norge ikke godtar nytt regelverk som anses Schengen-relevant, eller ikke iverksetter et vedtak midlertidig, skal Fellesorganet i løpet av 90 dager undersøke ulike måter å videreføre avtalen på. Det følger av tilknytningsavtalen artikkel 8 (4) at dersom Norge ikke godtar innholdet i en ny rettsakt, skal avtalen anses opphørt.

Norge må i henhold til tilknytningsavtalen notisere EU om godtakelsen av direktivet, med et forbehold om Stortingets samtykke. Deretter kreves det i utgangspunktet en særskilt gjennomføringsakt for at direktivet skal få virkning for rettssubjekter internt i Norge, jf. vårt dualistiske system. Utlendingsloven § 3 foreskriver at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Bestemmelsen innebærer, med forbehold om Stortingets samtykke, at returdirektivets forpliktelser i favør av utlendingen har umiddelbar internrettslig virkning. Det råder følgelig sektormonisme på utlendingsrettens område. Returdirektivets rettighetsbestemmelser må derfor gå foran internrettslige rettsregler ved eventuell motstrid.

Returdirektivet vil innarbeides i norsk rett ved gjengivelse (transformasjon), både passivt og aktivt. Generelt er direktiver nettopp ment å skulle omskrives og innlemmes som en naturlig del av den nasjonale retten i medlemsstatene. Et sentralt punkt ved gjennomføringen er å ivareta utlendingers rettsikkerhet. Dette gjøres for det første ved at utlendinger får de rettigheter returdirektivet gir dem, overholdt av norske utlendingsmyndigheter og håndhevet av domstolene. For det andre er det viktig at direktivet gjennomføres på en slik måte at nasjonal rett setter utlendingene i stand til å skaffe seg full kjennskap til de rettigheter direktivet gir dem.

Direktivet benytter en rekke begreper som er fremmed for norsk begrepsbruk og regelverk. De ulike begrepene, som et "returvedtak" (return decision) eller "vedtak om uttransportering" (removal order), vil ikke overføres direkte til norsk rett som sådan, men innlemmes i det eksisterende regelverket. For mange av bestemmelsene i direktivet vil det være tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni (passiv transformasjon) mellom direktivet og norsk lov.

Eventuell senere rettspraksis ved EU-domstolen vedrørende returdirektivet vil være bindende for medlemslandene i EU, men ikke for Norge. For vår del vil det kun ha tolkningsmessig verdi.²

2.3. Gjennomføringsfristen

Fristen for å inkorporere direktivet reguleres av tilknytningsavtalen artikkel 8. Rettsakter som innebærer en videreutvikling av Schengen-regelverket skal i utgangspunktet tre i kraft samtidig for EU og Norge. Ifølge tilknytningsavtalen skal

² Første dom i EU-domstolen om returdirektivet kom 30. november 2009. Dommen ligger på <http://eur-lex.europa.eu/>.

Kommisjonen varsles innen 30 dager om at gjennomføring betinges av forfatningsrettslige krav. Det følger av Grunnlovens § 26 annet ledd at traktater som nødvendiggjør en ny lov, først blir bindende når Stortinget har samtykket. Returdirektivet vil medføre endringer i utlendingsloven og Norge skal således etter tilknytningsavtalen artikkel 8 (2) (c) senest innen seks måneder etter EUs underretning om vedtak meddele EU at disse kravene er oppfylt.

Fristen for å gjennomføre returdirektivet reguleres imidlertid særskilt i direktivets artikkel 20. Den nasjonale implementeringsfristen for medlemsstatene er 24. desember 2010.

2.4. EU-rettslig forankring

Returdirektivet er forankret i EF-traktatens artikkel 63 (3) (b). Returdirektivet var underlagt EUs medbestemmelsesprosedyre, som krever full enighet om rettsakten mellom Europaparlamentet og Rådet.³ Denne todelingen av lovgivningskompetansen, mellom EUs folkevalgte (Parlamentet) og medlemsstatene (Rådet), skapte utfordringer i arbeidet med å nå endelig enighet om direktivet.

2.5. Returpolitikken i EU

Et stort antall tredjelandsborgere har de siste årene søkt asyl i Europa. For eksempel kom det 240 000 asylsøkere til Europa i 2008. Mange av disse får avslag på sine søknader om asyl og må deretter returnere til sine hjemland. Videre er det en rekke personer som innvandrer ulovlig til Europa eller som blir værende når visumet eller oppholdstillatelsen har løpt ut. Det er svært vanskelig å anslå hvor mange personer som oppholder seg ulovlig i Europa, men et estimat for 2005 anga at det befant seg 4,5 millioner illegale innvandrere ("unauthorized immigrants") i EU-landene.

Med dette som bakgrunn var det viktig å få på plass en rettsakt som etablerte felles standarder og prosedyrer for frivillig og tvungen retur av tredjelandsborgere uten lovlig opphold. Medlemslandenes lovgivning knyttet til retur av tredjelandsborgere har hittil vært preget av store ulikheter. Både terminologien og regelverket i forbindelse med retur, gjennomføring av tvangsmessige returer, bruk av makt, fengsling og utvisning har variert fra medlemsland til medlemsland. Innenfor et Schengen-territorium uten indre grenser, er det nødvendig å etablere et felles sett med regler i forbindelse med retur. Dette vil, både styrke rettsvernet for utlendinger som skal returneres og skape økt forståelse hos medlemsstatene for nødvendigheten av en aktiv returpolitikk.

2.6. Forholdet til Dublin II-forordningen

Dublin II- forordningen, som i utgangspunktet regulerer hvilket land som har ansvar for å behandle en søknad om asyl, kan også i visse tilfeller komme til anvendelse i forhold til utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket. Rent praktisk kan det oppstå situasjoner hvor anvendelsen av den ene rettsakten vil kunne være i strid med den

³ Co-decision procedure, som følger av EF-traktatens artikkel 251.

andre rettsakten. Det må således avklares i hvilke tilfeller returdirektivet skal anvendes og i hvilke tilfeller Dublin II-forordningen kommer til anvendelse.

Det første utgangspunktet er at returdirektivet ikke omhandler ”returer” som foretas innenfor Schengen-territoriet, jf. definisjonen av retur i kapittel 4.3. Således vil for eksempel ikke en situasjon der svenske myndigheter tar tilbake en som tidligere har søkt asyl i Sverige, omfattes av returdirektivet.

Videre kan tre typetilfeller benyttes for å synliggjøre skjæringspunktene mellom de to rettsaktene.

Det første tilfellet vil være hvor en tredjelandsborger har søkt om asyl i et annet medlemsland. I tillegg søker vedkommende om asyl i Norge. I dette tilfellet skal utlendingen anses å ha lovlig opphold i Norge og returdirektivet vil ikke komme til anvendelse som følge av det lovlige oppholdet. Løsningen vil da være å overføre vedkommende til det landet som er forpliktet til å behandle asylsøknaden i medhold av Dublin II-forordningen.

Det andre scenariet er hvor en utlending har status som asylsøker i ett land, samtidig som han oppholder seg ulovlig i Norge. I dette tilfellet vil returdirektivet komme til anvendelse. Returdirektivet må imidlertid vike for forpliktelser i Dublin-regelverket. Et av de bærende prinsipper i Dublin II-forordningen er at en utlending som har søkt om asyl skal få sin sak prøvet for ett medlemsland. Norge kan således ikke benytte returdirektivet til å sende vedkommende til sitt hjemland når asylsøknaden ikke er endelig behandlet. Den naturlige løsningen i dette tilfellet vil være å benytte Dublin II-forordningen og overføre vedkommende til det første asyllandet.

Det siste scenariet er hvor utlendingen har avslag på sin søknad om asyl i et annet Dublin-land, og samtidig oppholder seg ulovlig i Norge. I dette tilfellet vil returdirektivet komme til anvendelse, samtidig som Dublin-prosedyre kan iverksettes. Norge vil i dette tilfellet kunne velge om vi ønsker å starte en returprosess som følger returdirektivets ”spor” eller anmode det andre Dublin-landet om tilbaketakelse i medhold av Dublin II-forordningen.

Dublin II-forordningen er for tiden under revisjon. Kommisjonen har allerede varslet at man vil se nærmere på forholdet mellom returdirektivet og forordningen i denne sammenheng. Forordningen er imidlertid ikke Schengen-relevant og behandles ikke i fellesorganmøter. Norge har imidlertid mulighet for å gi innspill til revideringen av Dublin II-forordningen gjennom den såkalte Joint Committee.

Sammenfatningsvis kan det altså fastslås at Norge i enkelte tilfeller har to muligheter:

- enten gjennomføre en retur i medhold av returdirektivets bestemmelser, som innebærer at det må fattes vedtak om retur, med en tilhørende rett til frivillig retur etc.,

- eller avstå fra å anvende returdirektivet, og gjennomføre en overføring i medhold av Dublin II-forordningen.

Det vil altså være opp til norske myndigheter å velge hvilket "spor" utlendingen skal falle inn under. Valget av spor vil også være avgjørende for de korresponderende rettigheter som følger av den valgte rettsakt. Overføring i medhold av Dublin II-forordningen vil følge de regler som er fastsatt i forordningen, mens retur til et tredjeland i medhold av returdirektivet må underlegges direktivets bestemmelser.

Se for øvrig kapittel 4.6 om frivillig retur, hvor Dublin II-forordningen også omtales.

2.7. 20 retningslinjer for tvungen retur

I fortolkningen av direktivet kan det i mange sammenhenger være verdifullt å se hen til "*20 retningslinjer for tvungen retur*" fra Europarådets Ministerkomité av 4. mai 2005. Retningslinjene er ikke rettslig bindende og har således kun tolkningsmessig verdi. Retningslinjene ble til tider brukt som en kilde til kompromiss i sluttfasen av forhandlingene om returdirektivet. Dette synes særlig ved at ordlyden i returdirektivet og i retningslinjene i enkelte tilfeller er sammenfallende. Retningslinjene har også et kommentarfelt som omtaler de enkelte retningslinjene.

3. DIREKTIVETS HOVEDINNHOOLD

3.1. Systematikken i direktivet

Direktivet skal sikre rettssikkerhet og verdighet i forbindelse med prosessen knyttet til retur av tredjelandsborgere. Samtidig skal direktivet bidra til å løse utfordringen Europa står overfor i forbindelse med ulovlig migrasjon og ulovlig opphold.

Systematikken i direktivet kan for overblikkets skyld skisseres som følger. Når en medlemsstat oppdager en tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig, skal vedkommende stat utstede et returvedtak. Dette vedtaket skal i utgangspunktet inneholde en frist for frivillig utreise på mellom sju og tretti dager, da det skal tilstrebes at tredjelandsborgere forlater EU eller Schengen-området frivillig.

Erfaring tilsier imidlertid at ikke alle tredjelandsborgere reiser frivillig, og direktivet har tatt høyde for dette. Tredjelandsborgeren skal, dersom han ikke reiser frivillig eller hvis han av fare for unndragelse ikke får muligheten til å reise frivillig, uttransporteres av medlemsstaten. Vedkommende skal samtidig utvises og det skal settes et innreiseforbud som i utgangspunktet gjelder for hele Schengen-området. Endelig regulerer direktivet fengsling av tredjelandsborgere i returøyemed.

Direktivet sikrer også prosessuelle rettigheter ved retur. Returvedtak og vedtak om innreiseforbud skal være skriftlige, begrunnede og inneholde informasjon om klageadgangen. Vedtakene kan påklages og medlemsstatene skal sørge for nødvendig rettshjelp.

Endelig etablerer direktivet en plikt for medlemsstatene til å ha en nasjonal tilsynsordning i forbindelse med tvangsreturer.

3.2. Kort gjennomgang av direktivet

Returdirektivet består av 5 kapitler med totalt 23 artikler. Kapitlenes hovedinnhold er som følger:

Kapittel I – Generelle bestemmelser

Kapitlet omhandler formålet, anvendelsesområdet, definisjoner og forrangsbestemmelser. Barnets beste, retten til familieliv, helse og vernet mot retur er fremhevet som særlig viktige prinsipper. Det fastslås at direktivet utelukkende kommer til anvendelse hvor en utlending har ulovlig opphold i riket.

Kapittel II – Opphør av ulovlig opphold

Kapitlet omtaler de materielle bestemmelsene for prosessen knyttet til retur. Det skal som utgangspunkt fattes et vedtak om retur, en såkalt returbeslutning. Det skal videre gis en frist for frivillig utreise. Dersom vedkommende ikke reiser frivillig skal det som hovedregel fattes et utvisningsvedtak. Det påhviler også medlemsstatene å sørge for retur av personer som ikke reiser frivillig. Endelig presiseres rutinene for uttransportering av enslige mindreårige.

Kapittel III – Rettssikkerhetsgarantier

Kapitlet stadfester viktige rettssikkerhetsgarantier, rettsmidler og hva som skjer i perioden frem til retur. Vedtakene skal være skriftlige og retten til å klage underbygges av adgang til fri rettshjelp.

Kapittel IV – Frihetsberøvelse med henblikk på retur

Direktivet gir, på nærmere bestemte vilkår, adgang til å fengsle utlendinger med ulovlig opphold som skal returneres. Blant annet er den totale lengden på fengslingstiden begrenset oppad til 18 måneder. Forholdene under selve fengselsoppholdet reguleres og utlendingens rettigheter defineres. Videre begrenses fengslingsadgangen i saker som omhandler familier og mindreårige.

Kapittel V – Avsluttende bestemmelser

Kapitlet omhandler blant annet rapportering fra Kommisjonen om overholdelsen av direktivet, implementeringen og ikrafttreddelsen.

4. DIREKTIVETS KRAV TIL NASJONALE TILTAK

Innledning

Nedenfor følger en gjennomgang av direktivet. Der hvor departementet har vurdert det som åpenbart at en bestemmelse ikke vil medføre endringer i norsk rett, blir bestemmelsen heller ikke omtalt i nevneverdig grad. Det foretas imidlertid en

grundigere drøfting av bestemmelser som departementet anser at medfører behov for endringer i norsk lov.

4.1. Direktivets formål – Artikkel 1

Formålet

Det følger av artikkel 1 at formålet med direktivet er å lage et felles sett med regler i forbindelse med retur for tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på Schengen-territoriet. Direktivet skal være i overensstemmelse med fellesskapsretten og folkeretten, inkludert beskyttelse av flyktninger og vern av menneskerettighetene.

4.2. Anvendelsesområdet – Artikkel 2

Departementets vurdering: Norge bør benytte seg av muligheten til å begrense anvendelsesområdet til direktivet i tråd med artikkel 2.

4.2.1. Direktivets krav

Artikkel 2 omhandler direktivets anvendelsesområde. Utgangspunktet er at direktivet gjelder for tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium. Begrepene tredjelandsborger og ulovlig opphold er definert i artikkel 3.

Videre er det opp til det enkelte medlemsland å vurdere om det vil anvende direktivet i forhold til:

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

Artikkel 2 presiserer avslutningsvis at direktivet ikke skal gjelde i forhold til personer som har rett til fri bevegelse på Schengen-territoriet.

4.2.2. Departementets vurdering og forslag

Det er opp til medlemsstatenes diskresjonære kompetanse å avgjøre rekkevidden av direktivet innenfor rammen av artikkel 2. I denne sammenheng reiser det seg to hovedproblemstillinger. Det må avgjøres om direktivets bestemmelser skal gjelde for bortvisningstilfellene ved yttergrensen, og det må også tas stilling til om direktivets bestemmelser skal gjelde i forhold til utlendinger som skal returneres som følge av ilagt straff eller særreaksjon og utlendinger som skal utleveres.

Bortvisning ved yttergrensen

Innenfor artikkel 2 (2) (a) opererer direktivet med to ulike kategorier som kan unntas: Bortvisning i medhold av artikkel 13 i Grenseforordningen og utlendinger som pågripes eller stanses ved yttergrensen.

Artikkel 13 i Grenseforordningen beskriver i hvilke tilfeller innreise skal nektes til medlemsstatenes territorium. Bestemmelsen er til hinder for innreise for alle som ikke oppfyller vilkårene for innreise etter artikkel 5 (1) i samme forordning. Denne gruppen kan altså unntas returdirektivets bestemmelser i sin helhet. I forhold til utlendingsloven, vil det omfatte de fleste av våre bortvisningstilfeller, jf. § 17. Det kan imidlertid stilles spørsmål ved nødvendigheten av å unnta direktivets bestemmelser i denne sammenheng. I henhold til artikkel 13 i grenseforordningen skal utlendingen nektes innreise på medlemsstatenes territorier. Etter direktivets artikkel 2 (1) gjelder direktivet kun på territoriet til en medlemsstat. Utlending som nektes innreise kommer derfor ikke til å oppholde seg ulovlig på territoriet og faller således utenfor direktivets anvendelsesområde. Uansett vil denne gruppen altså falle utenfor direktivets anvendelsesområde, slik at problemstillingen ikke kommer på spissen.

I tillegg opererer direktivet med "pågripes eller stanses av kompetente myndigheter i forbindelse med ulovlig passering av en medlemsstats ytre grense" på tilfeller som kan unntas direktivets bestemmelser. Ordlyden er hentet fra Eurodac-forordningen artikkel 8(1) og innholdet kan gi rom for tolkningstvil.⁴ Når tredjelandsborgeren blir oppdaget på selve grensen i forbindelse med den ulovlige passeringen vil det være kurant å fastslå at man er innenfor ordlyden i bestemmelsen. Tvilstilfeller kan imidlertid oppstå når en person har passert yttergrensen ulovlig og tatt seg videre inn på Schengen-territoriet. Skal direktivets bestemmelser også kunne unntas i slike tilfeller, når vedkommende har kommet seg inn på territoriet? Det kan i disse tilfellene verken oppstilles en klar tidsfrist eller en kilometersone i forlengelsen av grensen. Tolkningen av om man er innenfor direktivets anvendelsesområde må baseres på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Tolkningen er imidlertid ment å være streng i disse tilfellene. Bestemmelsen er kun ment å ramme tilfeller hvor det er en direkte linje mellom kryssingen av yttergrensen og det tidspunktet utlendingen blir oppdaget. Dersom en tredjelandsborger har maktet å passere yttergrensen ulovlig og vedkommende blir oppdaget i Oslo dagen etter, vil direktivet i sin helhet måtte komme til anvendelse.

Når det gjelder tilfellene for bortvisning i direktivets artikkel 2 (2) (a), er det gode grunner for å benytte muligheten til å avgrense mot direktivets bestemmelser. Etter utlendingsloven § 90 kan vedtak om bortvisning og utvisning av en utlending som ikke har oppholdstillatelse iverksettes *straks*. Direktivets klare hovedregel er derimot at det skal gis en frist for frivillig utreise. Ordningen med frivillig utreise vil i utgangspunktet ha lite for seg når en tredjelandsborger forsøker å reise ulovlig inn i riket og blir oppdaget ved yttergrensen.

Det må samtidig presiseres at artikkel 2 (2) (a) kun gjelder ved yttergrensen, via land, sjø og luft, og ikke grenseovergangene innenfor Schengen-territoriet. I 2008 ble det bortvist 563 personer fra Norge. Rundt 120 av disse er bortvist etter innreise, jf.

⁴ Forordning nr 2725/2000/EF (Eurodac-forordningen).

utlendingsloven § 28. Hovedandelen blir altså bortvist ved grensen, noe som styrker behovet for en avgrensning.

Utlendinger som utvises på grunn av ilagt straff eller særreaksjon eller som er underlagt en utleveringsprosedyre

Den andre hovedproblemstillingen knytter seg til hvorvidt direktivet skal anvendes for tredjelandsborgere som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Dette vil omfatte utvisning av tredjelandsborgere i medhold av utlendingsloven §§ 66 bokstav b, c, e, 67 og 68.

Når det gjelder utvisning i medhold av § 66 første ledd b, c og e, foreslår departementet å unnta denne gruppen fra direktivets bestemmelser. Det er særlig direktivets regler knyttet til iverksettelse av vedtak og begrensningen i fengslingsperiode, som begrunner dette. Departementet anser 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. Se i denne forbindelse drøftelser under kapittel 4.7 og 4.14.

Departementet ser heller ingen grunn til å la vedtak om utvisning i medhold av utlendingsloven §§ 67 og 68 bli påvirket av direktivets bestemmelser. Disse personene oppholder seg lovlig i Norge frem til utvisningsvedtak fattes, og faller derfor også som utgangspunkt utenfor det direktivet er ment å ramme. Det kan imidlertid oppstå en situasjon hvor en tredjelandsborger er utvist etter § 67, men forsvinner for norske myndigheter og holder seg i skjul. Spørsmålet er om direktivet da skal gjelde når vedkommende igjen oppdages av norske myndigheter. Svaret må være at direktivet ikke kommer til anvendelse, og det tidligere utvisningsvedtaket kan iverksettes i henhold til nasjonal rett.

Når det gjelder utlevering av utenlandske borgere, reguleres dette i Lov om utlevering av lovbrytere m.v. (utleveringsloven) 13. juni 1975 nr. 39. Reglene om utlevering skiller seg i vesentlig grad fra reglene i utlendingsloven om iverksettelse av vedtak i utlendingssaker. Likeledes faller utleveringstilfellene naturlig utenfor formålet med direktivet. Det foreslås derfor å unnta direktivets bestemmelser også i utleveringstilfeller.

Konklusjon

Departementet foreslår på bakgrunn av det ovennevnte at Norge bør benytte muligheten til å avgrense anvendelsen av direktivet i tilfeller som nevnt i artikkel 2 (2) a og b. Dette innebærer at direktivet i utgangspunktet ikke vil gjelde i tilfellene nevnt i artikkel 2 (2) a og b.

Det kan imidlertid presiseres at mange av bestemmelsene i direktivet allerede er gjeldende rett i Norge, uten at det norske regelverket sonderer i tråd med artikkel 2. Samtidig vil også enkelte av bestemmelsene i direktivet som implementeres gjelde for alle utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge, også gruppene som i utgangspunktet unntas. I mange sammenhenger vil det heller ikke være grunn til å

behandle utlendinger som kan unntas i medhold av artikkel 2 annerledes enn de som omfattes. Lovteknisk vil det også være hensiktsmessig å lage enhetlige regler for likeartede situasjoner. Dette forenkler også utlendingsmyndighetenes arbeid. Det vil derfor, der det anses hensiktsmessig, være samme regler for utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge, uavhengig om de faller inn under unntakene i artikkel 2 eller ikke.

4.3. Terminologi – Artikkel 3

Departementets vurdering: Unndragelsesfare må som følge av definisjonen i artikkel 3 defineres nærmere i utlendingsloven. Det foreslås derfor en ny bestemmelse i utlendingsloven § 106a, som definerer fare for unndragelse.

Innledning

Artikkel 3 definerer sentrale begreper i direktivet. Høringsnotatet foretar ikke en fullstendig gjengivelse og vurdering av samtlige begreper, men departementet ønsker likevel å omtale noen begreper nærmere, samt å foreslå at det tas inn en definisjon av unndragelsesfare i utlendingsloven.

Når direktivet benytter ”medlemsstater”, omfatter dette de landene som deltar i Schengen-samarbeidet.⁵

Tredjelandsborgere

Direktivet omfatter kun tredjelandsborgere. Det vil si utlendinger som ikke er EU-borgere eller som ikke har rett til fri bevegelse i henhold til fellesskapsretten.⁶ Den norske utlendingsloven benytter ”utlending” som terminologi. En ”utlending” er enhver som ikke er norsk statsborger, jf. utlendingsloven § 5 første ledd. Kapittel 13 i utlendingsloven har særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS- og EFTA-avtalene.

Ved gjennomføringen av direktivet vil departementet videreføre bruken av ordet ”utlending” og ikke benytte ”tredjelandsborger” som direktivet. Borgere som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-avtalen vil uansett være underlagt særlige regler, som ved utvisning, slik at det vil være unødvendig å innføre begrepet tredjelandsborger i utlendingslovens begrepssfære. Samtidig vil det rent lovteknisk være hensiktsmessig å lage regler som omfatter flest mulig. Det gjøres derfor ikke forskjell på tredjelandsborger og EU-borgere når det ikke er påkrevd av hensyn til fellesskapsretten. Reglene knyttet til fengsling vil således omfatte alle utlendinger, mens reglene knyttet til utvisning sonder mellom borgere som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-avtalen, og utlendinger for øvrig.

⁵ Schengen-landene omfatter nå 26 land. Av EU-landene er ikke Irland, Storbritannia, Bulgaria, Romania og Kypros med. Storbritannia og Irland kan imidlertid velge om de vil gjennomføre returdirektivet i sin interne rett. Det samme gjelder for Danmark, som deltar i Schengen-samarbeidet. Norge, Island, Liechtenstein og Sveits deltar i Schengen-samarbeidet (assosierte land), men er ikke EU-medlemmer.

⁶ Se nærmere definisjon av hvem som omfattes av retten til fri bevegelse i Grenseforordningen art 2 (5).

Hva angår høringsnotatet, benyttes tredjelandsborger og utlending om hverandre.

Retur

Artikkel 3(3) omhandler retur. Det kan presiseres at "retur" i direktivets forstand ikke omfatter tilfeller hvor en utlending forflytter seg til et annet land innenfor Schengen-området. Direktivet omtaler reise mellom medlemsland i artikkel 6(2) som "begi seg til" eller i artikkel 6 (3) som "tas tilbake". Transitt innenfor Schengen-området vil heller ikke omfattes av returdirektivet. Det er således kun retur til tredjeland som omfattes av direktivet.

Unndragelsesfare

Unndragelsesfare defineres i artikkel 3 (7) og det vises til objektive kriterier fastlagt ved lov. Unndragelsesfare berører flere sentrale områder av direktivets bestemmelser og oppstilles som et sentralt vilkår i forbindelse med frivillig retur, tvangsmessig retur, utvisning og fengsling.

Direktivet stiller med andre ord et krav om å definere unndragelsesfaren i nasjonal lovgivning. Den konkrete vurderingen av den individuelle faren skal kunne baseres på objektive vilkår fastsatt ved lov. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b regulerer fengsling i effektueringsøyemed. En utlending kan pågripes og fengsles dersom det er mest sannsynlig at utlendingen vil "unndra" seg iverksetting av vedtak. Bestemmelsens ordlyd definerer ikke nærmere hva "unndra" omfatter. Unndragelsesfaren er således overlatt til politiets konkrete helhetsvurdering ved pågrepelse, med en påfølgende domstolskontroll. Departementet er følgelig av den oppfatning at unndragelsesfaren bør defineres nærmere i utlendingsloven.

Hensynet til legalitetsprinsippet kan også tale for at unndragelsesfare defineres nærmere i lovs form. Returdirektivet medvirker til, dersom unndragelsesfare konstateres, at en utlending på nærmere bestemte vilkår både kan frihetsberøves og utvises. Ved unndragelsesfare kan i tillegg en periode for frivillig retur nektes og politiet kan foreta en uttransport. Frihetsberøvelse er det mest inngripende virkemiddel en stat kan iverksette mot et enkeltindivid og utvisning er forvaltningens sterkeste reaksjonsmulighet overfor en utlending. Departementet understreker derfor behovet for klare og forutsigbare regler.

Beviskravet i norsk rett for å konstatere unndragelsesfare i forbindelse med fengsling er ren sannsynlighetsovervekt. Direktivet oppstiller ikke et klart beviskrav og det foreslås ingen endring av kravet til sannsynlighetsovervekt i denne sammenheng.

Det er enkelte land som allerede har innført en "liste" i nasjonal lovgivning med tilfeller som skal anses som unndragelsesfare. Tyskland, Sveits og Nederland er blant disse.

Sverige foreslår også en ny bestemmelse, med en nærmere definisjon av unndragelsesfare, i sin utlendingslov, Utlänningslagen (2005:716).⁷

Departementet foreslår å opprette en ny § 106 a hvor unndragelsesfaren defineres. Definisjonen vil ikke bare gjelde i forbindelse med fengsling, men også ved vurderingen av utvisning etter forslag til ny § 66 første ledd og ved vurderingen av perioden for frivillig retur i medhold av forslag til ny § 90 sjette ledd. Det er imidlertid naturlig å plassere definisjonen i forbindelse med fengslingsbestemmelsen, da denne er mest inngripende. Det vil også inntas en henvisning til § 106 a i de to øvrige bestemmelsene som unndragelsesfare omhandler.

En nærmere definisjon av unndragelsesfare i utlendingsloven, basert på returdirektivets bestemmelser, bør etter departementets oppfatning inneholde flere elementer.

En definisjon må inneholde et krav om at unndragelsesfaren må baseres på personlige og objektivt konstaterbare forhold hos utlendingen i hver enkelt sak. Dette kan være at utlendingen ikke har overholdt en frist for frivillig utreise, eller ikke forlatt Schengen-territoriet etter et avslag i et annet land. Det kan videre omfatte tilfeller hvor en utlending ikke har meldt adresseendring til politiet eller hvor han selv uttrykker en motvilje mot å reise frivillig. I 2008 fengslet Politiets utlendingsenhet (PU) samlet sett 366 personer i medhold av utlendingsloven. Majoriteten av disse ble fengslet i påvente av uttransport til et annet Schengen-land i medhold av Dublin II-forordningen. Ofte vil disse utlendingene ha søkt om asyl i flere land innenfor Dublin-området eller være forsvunnet for andre lands myndigheter. Det klare utgangspunktet må derfor være at det foreligger en fare for unndragelse, ved uttransport i medhold av Dublin II-forordningen.

Eksemplene på tilfeller av unndragelsesfare som er foreslått i definisjonen nedenfor vil ikke være uttømmende. Eksemplene kan alene, eller samlet, utgjøre en fare for unndragelse, men også andre forhold kan ha betydning for vurderingen. Det sentrale er om det foreligger forhold i det konkrete tilfellet som samlet sett kan anses å utgjøre en sannsynlighetsovervekt for at utlendingen vil unndra seg. Det presiseres derfor i lovbestemmelsen at det skal foretas en totalvurdering. Eksempelvis vil det forhold at en utlending er utvist, ikke alene være tilstrekkelig for å konstatere unndragelsesfare, dersom han bor på kjent adresse og det ellers ikke er forhold som taler for at vedkommende vil unndra seg. På den annen side vil et tilfelle hvor en utlending er varig utvist fra Schengen-territoriet, og hvor han selv uttrykker at han ikke vil reise frivillig fordi det vil være vanskelig å komme tilbake hit senere, medføre at unndragelsesfare kan konstateres.

Ny § 106a skal lyde: *Fare for unndragelse*

⁷ Se SOU 2009:60 s. 83.

Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfelle. For å avgjøre om det foreligger unndragelsesfare skal det foretas en totalvurdering hvor det blant annet kan legges vekt på om

- a) utlendingen har unndratt seg, herunder ikke overholdt en utreisefrist,*
- b) utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig,*
- c) utlendingen er utvist fra riket,*
- d) utlendingen er ilagt straff eller særreaksjon i riket,*
- e) utlendingen har vist manglende samarbeid ved identitetsvil,*
- f) utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen til returen eller uttransporteringen,*
- g) utlendingen har gitt uriktige opplysninger til norske myndigheter ved søknad om tillatelse,*
- h) utlendingen har unnlatt å gi melding om endring av bopel, jf. § 19 annet ledd, eller,*
- i) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.*

4.4. Forrangsbestemmelser – Artikkel 4

4.4.1. Direktivets krav

Artikkel 4 (1) slår fast at direktivet ikke har forrang i forhold til gunstigere bestemmelser som fremgår av visse bilaterale og multilaterale avtaler.

Artikkel 4 (2) påpeker at direktivet må vike for bestemmelser i fellesskapsretten som er gunstigere for en tredjelandsborger.

Artikkel 4 (3) stadfester retten medlemslandene har til å ha gunstigere bestemmelser for tredjelandsborgere i nasjonal lovgivning, så lenge det er i tråd med direktivet.

Artikkel 4 (4) (a) regulerer tilfellet hvor en medlemsstat benytter seg av sin kompetanse til å avgrense rekkevidden av direktivet i medhold av artikkel 2 (2) (a). Det stadfestes at det er enkelte bestemmelser i direktivet som medlemsstatene ikke kan avgrense mot. Disse preseptoriske bestemmelsene omfatter bruken av makt etter artikkel 8 (4) og (5), utsettelse av retur etter artikkel 9 (2) (a), nødvendig helsehjelp etter artikkel 14(1) (b) og (d), og forholdene ved fengsling etter artiklene 16 og 17. Direktivet innebærer at norsk lovgivning må være i samsvar med de ovenfor nevnte preseptoriske bestemmelsene.

4.4.2. Departementets vurdering

Departementet foreslår, som nevnt ovenfor, å benytte muligheten til å avgrense rekkevidden av direktivet i medhold av artikkel 2 (2) (a). Som en konsekvens kommer da forrangsbestemmelsen i artikkel 4 (4) til anvendelse. De preseptoriske bestemmelsene som nevnes, omtales nærmere under den enkelte artikkel nedenfor. Det gås derfor ikke nærmere inn på disse her.

For øvrig anser departementet at artikkel 4 ikke foranlediger behov for endringer i norsk rett.

4.5. Vern mot retur, barnets beste, retten til familieliv, og helse – Artikkel 5

4.5.1. Direktivets krav

Ved gjennomføringen av direktivet skal medlemsstatene ta behørig hensyn til barnets beste, familieliv og utlendingens helse, samt respektere vernet mot retur (non-refoulement). Øvrige forhold medlemsstatene bør ta hensyn til ved gjennomføringen følger av fortalen nummer 21.

4.5.2. Norsk rett

De tre 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. Det følger av § 2 at bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen lovgivning. Vernet mot retur er nedfelt i flyktningkonvensjonen artikkel 33 og må også anses å være folkerettslig sedvanerett som er bindende for Norge. EMK artikkel 3 sikrer også at ”ingen må bli utsatt for tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff.” Vernet mot retur følger også eksplisitt av utlendingsloven § 73.

4.5.3. Departementets vurdering

Departementet kan ikke se at direktivets bestemmelse nødvendiggjør endring i norsk lov, da disse rettighetene som nevnt allerede er tilfredsstillende ivaretatt. Departementet er av den oppfatning at det er en styrke ved direktivet at sentrale menneskerettigheter fremheves i forhold til gjennomføring av direktivet.

4.6. Returvedtak – Artikkel 6

4.6.1. Direktivets krav

Bestemmelsen er en av hovedbestemmelsene i direktivet og fastslår at det skal fattes et returvedtak overfor tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium.

Direktivet definerer returvedtak i artikkel 3(4). Et returvedtak skal slå fast at tredjelandsborgeren oppholder seg ulovlig på territoriet og at vedkommende har en plikt til å returnere. Formkrav og rettsmidler i forbindelse med et returvedtak er nærmere omtalt nedenfor i forbindelse med artikkel 12 og 13, se kapittel 4.12.

Unntakene fra plikten til å fatte et returvedtak følger av artikkel 6 (2) til (5), mens det i 6 (6) åpnes for å fatte et returvedtak i samme vedtak som en søknad om oppholdstillatelse avslås.

Dersom tredjelandsborgeren har en gyldig oppholdstillatelse i et annet medlemsland, etablerer artikkel 6 (2) en rett for vedkommende til å reise til dette landet.

Artikkel 6 (3) slår videre fast at en medlemsstat kan unnlate å fatte et returvedtak dersom vedkommende kan tas tilbake av en annen medlemsstat som følge av en bilateral avtale eller overenskomst som allerede eksisterte ved ikrafttreddelsen av direktivet. I disse tilfellene er det mottakerlandet som må utstede et returvedtak.

Medlemsstatene gis rett til å gi en tredjelandsborger med ulovlig opphold en oppholdstillatelse i landet av humanitære eller andre årsaker. Dersom en slik tillatelse gis, skal det ikke utstedes et returvedtak, eventuelt skal vedtaket trekkes tilbake dersom det allerede er utstedt, jf. artikkel 6 (4).

Artikkel 6 (5) slår fast at medlemsstatene skal vurdere å unnlate å fatte et returvedtak dersom det verserer en sak som kan gi rett til opphold.

Endelig anerkjenner artikkel 6 (6) at direktivet ikke er til hinder for å fatte et returvedtak og/eller et vedtak om uttransportering, og/eller et innreiseforbud i samme vedtak som det gis avslag på en søknad om oppholdstillatelse. Dette må imidlertid ikke gå utover rettighetene som gis i direktivets kapittel 3.

4.6.2. Norsk rett

Det følger av utlendingsloven § 17 første ledd bokstav d at en utlending kan bortvises når utlendingen mangler nødvendig tillatelse etter loven. Utlendingsloven § 90 omtaler vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket. Vedtakene iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise med én gang, eller innen en fastsatt frist. Dersom ikke annen frist er fastsatt, plikter utlendingen å forlate riket innen tre uker etter at vedkommende har mottatt underretning om vedtaket. Utlendingsloven § 90 sjette ledd omhandler iverksetting av vedtak og det presiseres at beslutninger som gjelder iverksetting ikke er enkeltvedtak.

Etter dagens norske praksis anses altså et returvedtak å være fattet gjennom avslaget på en ordinær søknad om tillatelse (asyl, opphold på humanitært grunnlag, arbeidstillatelse etc.), 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.

Schengen-konvensjonen artikkel 23, som i lengre tid har vært en del av norsk rett, inneholder en tilsvarende bestemmelse som artikkel 6 (2).

For øvrig følger det av utlendingsloven § 90 sjette ledd at når ”særlige grunner taler for det” kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra.

4.6.3. Departementets vurdering og forslag

Under forhandlingene av direktivet arbeidet man fra norsk side for at det ikke skulle innføres andre (nye) vedtakstyper enn de som det allerede opereres med i norsk utlendingsrett i dag. Direktivet benytter imidlertid begrepsparet "returvedtak" og "innreiseforbud" som vedtakstyper som medlemsstatene skal fatte på nærmere bestemte vilkår. I tillegg opererer direktivet med "vedtak om uttransportering", som medlemslandene *kan* fatte på nærmere bestemte vilkår. Returvedtak og vedtak om uttransportering er nye begreper i norsk rett, mens innreiseforbud er et allerede innarbeidet begrep.

Alle avslagsvedtak på søknad om oppholdstillatelse, samt bort- og utvisningsvedtak fattet av norske utlendingsmyndigheter vil som følge av direktivet slå fast at vedkommende ikke har en tillatelse og at det foreligger en plikt til å forlate riket. Det vil således implisitt fattes et returvedtak ved alle typer avslagsvedtak og for vedtak om bort- og utvisning i norsk rett. Se for øvrig drøftelsen nedenfor i forbindelse med artikkel 6 (6).

Formålet med artikkel 6 er å skape rettssikkerhet og forutberegnelighet ved retur. Statistikk fra Kommisjonen viser at enkelte EU-land har flere uttransporter enn returvedtak. Samtidig er det mange land som faktisk effektuerer mindre enn 25 % av returvedtakene de har fattet.

Utgangspunktet i direktivet er at det skal utstedes returvedtak til tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på territoriet. Skal-regelen i direktivet får utslag i to ulike retninger. På den ene siden sikrer den at tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i riket faktisk får et vedtak å forholde seg til. På den annen side pålegger det Schengen-landene en forpliktelse til å fatte et returvedtak når en tredjelandsborger ikke har lovlig opphold. I forlengelsen av dette er statene forpliktet til å "treffe alle tiltak som er nødvendig for å håndheve returvedtaket", jf. artikkel 8 (1).

I motsetning til direktivets bestemmelser er den norske bestemmelsen om bortvisning fakultativ. Reglene fastsetter en adgang, men ikke en plikt til å bortvise. Det er således overlatt til forvaltningsmyndighetens skjønn å avgjøre om bortvisning faktisk skal skje. Alternativet er en skal-regel med dispensasjonsadgang i enkelte tilfeller. Avveiningen mellom lovbundne og skjønnsmessige bortvisningsregler er prinsipiell. I forbindelse med gjennomføringen av Schengen-konvensjonen i norsk rett, ble det vurdert hvorvidt Schengen-konvensjonen artikkel 5 innebærer en plikt for Norge til å endre vår kan-bestemmelse. Artikkel 5 (2) har, som direktivet, en skal-bestemmelse, hvor innreise skal nektes på nærmere bestemte vilkår. Skal-bestemmelsen er imidlertid vesentlig modifisert ved at den enkelte stat kan tillate innreise på sitt territorium selv om innreisevilkårene ikke er oppfylt hvis staten mener det er nødvendig av humanitære, eller nasjonale hensyn, eller på grunn av internasjonale forpliktelser, jf. artikkel 5 punkt 2. Innholdet i dette unntaket ble ansett å være innenfor det spillerommet som allerede lå i « kan »-skjønn etter utlendingsloven § 27.

Det samme må kunne anføres i forbindelse med returdirektivets unntaksbestemmelser. Dette gjelder særlig unntakene i artikkel 6 (4) og (5) hvor medlemsstatene kan unnlate å fatte returbeslutning. Departementet er av den oppfatning at innholdet i unntakene ikke skiller seg i vesentlig grad fra det handlingsrommet som forvaltningen allerede opererer i etter utlendingsloven § 17.

For øvrig er det klare utgangspunktet etter norsk utlendingsrett at dersom det oppdages en tredjelandsborger uten lovlig opphold, skal vedkommende bortvises eller utvises fra riket. Alternativet er å gi vedkommende en tillatelse til opphold i Norge. Politiet har ikke adgang til å uttransportere utlendinger uten et forutgående negativt vedtak, slik at plikten til å fatte et vedtak med det materielle innholdet til et returvedtak, er ivarettatt i Norge.

Departementet mener etter dette at dagens norske regelverk er i samsvar med artikkel 6 (1).

Artikkel 6 (2)

I henhold til direktivets artikkel 21, vil direktivet tre i stedet for Schengen-konvensjonen artikkel 23 og 24. Schengen-konvensjonen artikkel 23 omhandler bortvisning fra Schengen-territoriet, dersom en utlending ikke forlater territoriet frivillig. Direktivets artikkel 6 (2) innebærer en videreføring av Schengen-konvensjonen artikkel 23 (2). Artikkel 24 åpner for at konvensjonspartene kan foreta innbyrdes utjevning av økonomiske skjevheter som bortvisningsplikten kan medføre. Hva angår artikkel 6 (2), skal det altså pålegges en tredjelandsborger å reise til det Schengen-land han har en oppholdstillatelse i.

Spørsmålet er også om vedkommende har en rett til å få reise til det andre Schengen-landet, i stedet for å bli uttransportert til sitt hjemland. Det følger av bestemmelsens ordning at først når tredjelandsborgeren ikke har overholdt plikten til å reise umiddelbart til det landet hvor han har tillatelse, så skal et returvedtak fattes. Dette innebærer at tredjelandsborgeren må gis en mulighet til å reise frivillig ut, før vedkommende blir uttransportert. Dersom tredjelandsborgeren ikke reiser, vil Norge stå fritt til å uttransportere vedkommende i henhold til direktivets bestemmelser.

Det er verdt å merke seg at retten i artikkel 6 (2) gjelder forut for et returvedtak. En eventuell frist vedkommende får til å reise til det medlemslandet hvor vedkommende har tillatelse, må ikke forveksles med den frivillige fristen som gis i medhold av artikkel 7. Dersom vedkommende ikke reiser til det landet vedkommende har en tillatelse i, så skal det etter direktivet utstedes et returvedtak med en eventuell periode for frivillig retur, eller et innreiseforbud dersom frivillig retur ikke gis.

Schengen-konvensjonens artikkel 23 og 24 (herunder artikkel 23 (2)) har i lengre tid vært en del av norsk rett. Da direktivets artikkel 6 (2) er parallell til denne, og direktivet skal tre i stedet for Schengen-konvensjonens artikkel 23 og 24, er departementet av den

oppfatning at artikkel 6 (2) ikke foranlediger noen endring i norsk utlendingslovgivning.

Artikkel 6 (3)

Bestemmelsen slår fast at det ikke vil være nødvendig å fatte et vedtak om retur dersom det foreligger en bilateral avtale om tilbaketakelse mellom to medlemsland.

Bestemmelsen krever ikke noen endring i norsk rett.

Artikkel 6 (4) og (5)

Departementet vurderer det dit hen at utlendingsloven §§ 30 og 90 dekker det som reguleres i direktivets artikkel 6 (4) og 6 (5). Disse bestemmelsene foranlediger derfor heller ikke noen lovendring.

Tidspunktet for når et returvedtak kan fattes

Artikkel 6 (6) åpner for at myndighetene kan fatte et returvedtak i samme vedtak som avslaget på en søknad om oppholdstillatelse. Norge kan dermed videreføre ordningen med å fastsette utreisefrist samtidig med at vedtak om avslag på en søknad om oppholdstillatelse fattes. Dersom en tredjelandsborger får avslag på en søknad om tillatelse kan Norge i samme vedtak fatte et vedtak som er av samme materielle innhold som direktivets returvedtak. Den åpenbare fordelene med å velge en slik løsning, er at man slipper å fatte et vedtak om retur i etterkant av den ordinære søknadsprosessen. I og med at et returvedtak kan påklages, slipper man også to separate behandlingsprosesser. Avslaget på søknad om en oppholdstillatelse og et vedtak om retur, er i logisk forstand to selvstendige avgjørelser. I utgangspunktet utstedes et returvedtak som en konsekvens av at avslaget på søknaden medfører et ulovlig opphold for tredjelandsborgeren. I praksis vil imidlertid ikke tredjelandsborgeren på dette tidspunkt ha ulovlig opphold, men det åpnes for at begge avgjørelsene kan fattes i ett og samme vedtak for å unngå unødig saksbehandling. Kravene som oppstilles til et returvedtak i direktivet; begrunnelse, klageadgang etc., må imidlertid overholdes også når returvedtaket fattes samtidig med avslagsvedtaket.

Konklusjon

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor vil departementet ikke foreslå endringer i utlendingsloven som følge av artikkel 6. Vi vil likevel fremheve at artikkel 6 er en sentral bestemmelse i direktivet, i den forstand at sentrale deler av direktivet bygger direkte på returvedtaket. Perioden for frivillig retur kan fremgå av returvedtaket. Dersom den ikke overholdes kan utlendingen utvises, og i enkelte tilfeller også fengsles. Videre er rettssikkerhetsgarantier og saksbehandlingsreglene knyttet opp til returvedtaket.

4.7. Frivillig retur – Artikkel 7

Departementets vurdering: Bestemmelsen vil medføre endringer i utlendingsloven § 90. Endringsforslaget vil innebære at alle avslagsvedtak skal inneholde en periode for frivillig retur på mellom 7 og 30 dager. Det kan settes en kortere periode under nærmere bestemte vilkår.

4.7.1. Direktivets krav

Når det fattes et returvedtak skal dette som hovedregel gi utlendingen en mulighet for frivillig utreise. Perioden for frivillig retur skal være minimum 7 dager og maksimum 30 dager. Direktivet åpner for at det kan bestemmes i nasjonal rett at en periode for frivillig utreise skal betinges av at utlendingen selv søker om det. Det er imidlertid presisert i fortalen punkt 10, at frivillig retur skal foretrekkes fremfor tvangsretur, i de tilfeller hvor hensynet til returprosessen tillater det.

En medlemsstat *skal*, når det er nødvendig i særlige tilfeller, forlenge perioden for den frivillige utreisen. Det skal gjøres en individuell vurdering, hvor forhold som lengden på tredjelandsborgerens opphold i landet, barn i skole og andre sosiale og familiære situasjoner skal sees hen til.

Myndighetene kan iverksette nødvendige tiltak for å redusere faren for unndragelse. Slike tiltak vil kunne være meldeplikt, depositum, innlevering av legitimasjonsdokumenter og fastsettelse av bestemt oppholdssted. Tiltakene kan iverksettes for den vedtatte perioden for frivillig hjemreise.

Dersom det er fare for unndragelse, eller en søknad om tillatelse er avslått som åpenbar grunnløs, eller falsk, kan det unnlates å sette en utreisefrist, eller settes en frist som er kortere enn 7 dager. Det samme gjelder i tilfeller hvor tredjelandsborgeren anses å være en fare for offentlig orden, offentlig sikkerhet, eller nasjonal sikkerhet.

4.7.2. Norsk rett

Iverksetting av vedtak reguleres i utlendingsloven § 90. Bestemmelsen er en spesialregel i forhold til forvaltningsloven § 42 om utsatt iverksetting av forvaltningsvedtak.

Første til femte ledd regulerer når vedtakene kan iverksettes i relasjon til selve søknadsbehandlingen. Det vil si om et vedtak av underinstansen kan iverksettes straks, eller først når det er endelig avgjort av klageinstansen. Sjetten ledd omtaler prosessen når utlendingen faktisk må reise.

Det følger av første ledd at vedtak om bortvisning og utvisning av en utlending som ikke har oppholdstillatelse kan iverksettes straks. Annet til fjerde ledd regulerer iverksettelse av vedtak om avslag på ulike tillatelsestyper, mens femte ledd åpner for tidligere iverksettelse når grunnleggende nasjonale interesser, eller utenrikspolitiske hensyn gjør det nødvendig.

Sjetten ledd annet punktum pålegger utlendingen en generell plikt til å reise innen tre uker etter at vedkommende har fått underretning om vedtaket. Bestemmelsen er ny i utlendingsloven 2008 og er tatt inn av informasjonshensyn for utlendingen, og for å fastslå plikten til å forlate landet selv om det ikke er satt en bestemt utreisefrist.

Generelt kan det vises til at norsk rett utelukkende omtaler iverksetting i forbindelse med et negativt vedtak. Det er således først når et vedtak er fattet at politiet har adgang til å uttransportere.

Når det gjelder meldeplikt og bestemt oppholdssted reguleres dette i utlendingsloven § 105. For øvrig er det adgang til å ta beslag i penger og legitimasjonsdokumenter i medhold av § 104 annet ledd.

4.7.3. Departementets vurdering og forslag

Frivillig retur

En viktig del av rettighetsperspektivet i direktivet sikres ved at utlendinger uten lovlig opphold skal innrømmes en periode for frivillig utreise. Retur av utlendinger basert på frivillighet vil både være fordelaktig for utlendingen og mindre byrdefullt for utlendingsmyndighetene. Departementet mener derfor at det er positivt med det klare fokuset på frivillig retur i direktivet. Tall fra 2008 viser at 565 personer reiste frivillig fra Norge i samarbeid med Den internasjonale migrasjonsorganisasjonen (IOM). De som returnerer frivillig får reisen betalt, samtidig som IOM bistår med praktisk hjelp før og etter hjemreise.

Direktivets ordning knyttet til frivillig retur avviker noe fra norsk rett. Det er særlig utgangspunktet, at alle skal få en frist for frivillig utreise, som skiller regelsettene. Ved fremstillingen av de ulike regelsettene ovenfor, synliggjøres behovet for en endring av utlendingsloven § 90 sjette ledd. Det norske utgangspunktet med å åpne for å pålegge en utlending å reise med en gang, vil være i strid med artikkel 7 (1). Når det gjelder bortvisningstilfellene ved grensen og utvisning av kriminelle vil det derimot være adgang til umiddelbar iverksetting. Som nevnt under gjennomgangen av artikkel 2 ovenfor, foreslås det å videreføre ordningen med adgang til umiddelbar iverksetting av denne type vedtak.

Departementet foreslår på bakgrunn av dette å endre § 90 sjette ledd, slik at direktivets hovedregel kommer bedre til uttrykk. Det foreslås en bestemmelse hvor det slås fast at vedtak som kan iverksettes skal pålegge utlendingen å reise innen en fastsatt frist. Fristen skal være mellom 7 og 30 dager. Fristen kan utvides når det er nødvendig.

Forslaget åpner videre for å unnlate å gi en frist for frivillig retur dersom det er fare for unndragelse, eller en søknad er avslått som åpenbar grunnløs, eller hvor utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Endelig foreslås det at politiet gis adgang til å føre utlendingen ut dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt.

Forslaget vil innebære at annet punktum i utlendingsloven § 90 sjette ledd må strykes. I og med at alle i utgangspunktet skal få en periode for frivillig retur, vil ordningen med

at ”dersom ikke annen frist er fastsatt, plikter utlendingen å forlate riket innen tre uker etter at vedkommende har mottatt underretning om vedtak”, være i strid direktivet.

Hvilket organ som skal beslutte lengden på perioden for frivillig retur

Dagens praksis er at politiet i avslagsvedtaket blir bedt om å sette en utreisefrist. Alternativt setter Utlendingsdirektoratet (UDI) selv en utreisefrist. Det følger av direktivets artikkel 7(1) at selve returvedtaket skal sørge for en periode for frivillig retur. Dette betyr at antallet dager en utlending får til å reise frivillig, bør inntas i selve vedtaket. Perioden for frivillig retur vil således fremgå av samme vedtak som avslagsvedtaket eller bort-/utvisningsvedtaket. Isolert sett taler også effektivitetshensyn for at perioden for frivillig retur inntas i vedtaket.

Som en konsekvens av direktivet vil det altså være opp til det organet som har en søknad til behandling å vurdere om det skal ilegges en periode for frivillig retur, og lengden på en slik eventuell periode. Dette vil innebære en praktisk stor endring i forhold til dagens situasjon, hvor politiet spiller en mer aktiv rolle. Det vil også medføre at både UDI og Utlendingsnemnda (UNE) må foreta vurderinger knyttet til om det foreligger fare for unndragelse, eller øvrige forhold som nevnt i artikkel 7 (4).

Det følger av ny utlendingsforskrift § 17-14 at ”Når det foreligger vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, fastsettes frist for utreise, jf. § 90 sjette ledd, av Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda. Etter nærmere retningslinjer fra departementet kan utreisefrist også fastsettes av politiet”.

Forskriftsbestemmelsen åpner allerede for at utreisefristen kan fastsettes av politiet, UDI og UNE. Endringen vil som nevnt innebære en stor praktisk endring sammenlignet med dagens situasjon. Departementet vil følgelig komme tilbake med nærmere retningslinjer i forhold til denne bestemmelsen, hvor ordningen vil omtales i sin helhet.

Forlengelse av perioden for frivillig retur

Når det gjelder plikten til å vurdere om fristen for frivillig utreise skal forlenges etter artikkel 7 (2), er det opp til medlemsstatene å ta stilling til hvorvidt en frist skal forlenges, og for hvor lenge. Rent praktisk vil det være (UDI) som i de aller fleste tilfeller vil beslutte at det skal gis en lengre frist. Politiet må imidlertid også ta stilling til en eventuell utvidet frist når det har vedtakskompetanse i bortvisningssakene. En beslutning om ikke å forlenge perioden for frivillig retur vil ikke kunne påklages. Det kan ikke utledes en slik rett etter direktivet, og det foreslås heller ikke å etablere en slik adgang. Dersom et vedtak ikke kan iverksettes før det er endelig, vil det være naturlig at UNE, eventuelt UDI når det er klageorgan, foretar en ny vurdering når det skal settes en utreisefrist i det endelige vedtaket.

Selve vurderingen av om det skal gis en forlenget frist skal være streng. Bare dersom det foreligger særlige grunner bør det gis en forlenget frist. De hensynene som direktivet oppstiller, som lengden på oppholdet, barn i skole, eller andre familie- eller

sosiale bånd, må være avgjørende ved vurderingen av om forlenget frist skal gis flere ganger.

Unntak fra regelen om frivillig retur

Artikkel 7 (4) omhandler tilfellene hvor det kan unnlates å sette en frist for frivillig utreise. Departementet foreslår å ta inn unntakene i utlendingsloven for å sørge for at vedtakene i disse tilfellene kan iverksettes straks av politiet. Det kan gjøres unntak i følgende tilfeller: når det foreligger fare for unndragelse, når en søknad har blitt avslått som åpenbart grunnløs eller falsk, og når utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Når det gjelder unndragelsesfare vises det til redegjørelsen under kapittel 4.2.

Vurderingen av om en søknad er åpenbart grunnløs gjøres av UDI og UNE. Søknader som er åpenbart grunnløse kan i praksis være saker hvor utlendingen ikke har anført en reell asylgrunn. Tilsvarende kan det dreie seg om utlendinger som har oppgitt falsk identitet.

Direktivet benytter i tillegg ordet "falsk" ved siden av åpenbart grunnløs. I motsetning til åpenbart grunnløs er en "falsk" søknad ikke et innarbeidet begrep i norsk utlendingsforvaltning. Departementet anser det derfor som uhensiktsmessig å overføre dette begrepet til norsk rett i denne sammenheng. Videre vil det også kunne oppstå betydelige praktiske utfordringer med å legge listen for hva som skal anses å være falsk i denne sammenheng. Mange søknader som fremmes for norske myndigheter inneholder uriktige opplysninger av varierende alvorlighetsgrad. Eksempelene kan spenne fra en fullstendig fabrikkert asylsøknad til mere uvesentlige usannheter som ikke er av betydning for selve søknaden. Endelig kan det også nevnes at det som utgangspunkt skal reageres med utvisning dersom en utlending har gitt uriktige/åpenbart villedende opplysninger i henhold til dagens norske regelverk. Samlet sett, anses det derfor som tilstrekkelig å henvise til åpenbart grunnløs og ikke falsk ved gjennomføringen av artikkel 7 (4).

Direktivet åpner i tillegg for umiddelbar iverksettelse når utlendingen utgjør en fare for "offentlig orden", "offentlig sikkerhet" eller "nasjonal sikkerhet". I utlendingsloven 1988 benyttet man begrepet "rikets sikkerhet", mens man ved vedtakelsen av utlendingsloven 2008 innførte begrepet "grunnleggende nasjonale interesser".

Begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" er ikke nærmere definert i utlendingsloven 2008, men er omtalt i lovens forarbeider. Av Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), punkt 18.4, følger det blant annet at:

"Departementet støtter forslaget om å erstatte begrepene «tvingende samfunnsmessige hensyn» og «rikets sikkerhet» med «grunnleggende nasjonale interesser». Begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» er et mer dekkende begrep som klarere reflekterer hvilke interesser man ønsker å beskytte. Begrepet «rikets sikkerhet», i alle

fall tolket i snever eller tradisjonell forstand, er noe utdatert ut fra den senere tids utvikling, særlig i forhold til terrorvirksomhet, der hensikten ikke alltid er å ramme rikets sikkerhet som sådan, men like mye å skape frykt i sivilbefolkningen, eller å inspirere eller motivere til ekstremistiske handlinger, uten at konkrete handlinger er begått. Begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» må tolkes i lys av den generelle samfunnsutviklingen og endringer i det internasjonale trusselbildet, og har en dynamisk karakter.

[]

Forslaget om å erstatte begrepene «rikets sikkerhet» og «tvingende samfunnsmessige hensyn» med «grunnleggende nasjonale interesser» vil utvide departementets instruksjonsmyndighet jf. departementets lovforslag § 76 tredje ledd. I saker som etter dagens regelverk gjelder «tvingende samfunnsmessige hensyn», vil departementet få instruksjonsmyndighet, og de bestemmelser som i dag gjelder for saker som berører «rikets sikkerhet», får et noe videre anvendelsesområde ved at «grunnleggende nasjonale interesser» er et videre begrep. Endringen i begrepsbruk vil derfor også føre til en noe utvidet adgang til utvisning, jf. § 66, § 67 og § 68 i lovforslaget.”

Som det fremgår over skal ”grunnleggende nasjonale interesser” erstatte både begrepet ”rikets sikkerhet” og begrepet ”tvingende samfunnsmessige hensyn”. I ovennevnte proposisjons punkt 18.1.3, uttaler departementet blant annet følgende vedrørende forståelsen av begrepet ”tvingende samfunnsmessige hensyn”:

”Begrepet omfatter bl.a. innenrikspolitiske forhold og risiko for særlig samfunnsfarlig kriminalitet, og kan omfatte terrorvirksomhet som ikke har den norske stat som mål.

Det vises til utvalgets utredning kapittel 13.5.3 for nærmere redegjørelse av begrepets innhold.”

Som følge av at utlendingsloven 2008 er ny, foreligger det foreløpig ikke forvaltnings- eller domspraksis knyttet til lovens begrep.

Departementet mener at begrepet ”grunnleggende nasjonale interesser” i utlendingsloven 2008 dekker direktivets begreper ”nasjonal sikkerhet” og ”offentlig sikkerhet”. Det vises til de ovennevnte uttalelsene i forarbeidene om at ”grunnleggende nasjonale interesser” skal erstatte både ”rikets sikkerhet” og ”tvingende samfunnsmessige hensyn”. Departementet har for øvrig uttalt blant annet følgende om begrepet ”offentlig sikkerhet” i Ot.prp.nr. 72 (2007-2008) Om endringer i utlendingslovgivningen for EØS- og EFTA-borgere, punkt 7.12.3 Utvisning av omsyn til offentlig orden og tryggleik:

”Omgrepet «offentleg tryggleik» samsvarer langt på veg med innhaldet i uttrykket «rikets sikkerhet», som er nytta i 1988-lova § 29. Også her er ein viss skjønnsmargin når det gjeld innhaldet i omgrepet. Sidan spørsmålet om og den nærmare definisjonen av nasjonal tryggleik vil variere frå land til land, er dette naturleg.”

Det er videre departementets vurdering at direktivets begrep "offentlig orden" faller utenfor begrepet "grunnleggende nasjonale interesser" i utlendingsloven 2008. Når det gjelder det nærmere innholdet av begrepet "offentlig orden", vises det til departementets uttalelser om dette i ovennevnte Ot.prp.nr. 72 (2007-2008), punkt 7.12.3 Utvisning av omsyn til offentlig orden og tryggleik:

"Omgrepet «offentleg orden» omhandlar meir alvorlege forstyrringar av samfunnsordenen, også kriminelle handlingar. Nasjonale styresmakter kan ikkje einsidig fastleggje det nærmare innhaldet av dette omgrepet. Domstolspraksis har likevel vist at medlemslanda må få ein viss skjønnsmargin ut frå kva dei nasjonale omsyna tilseier, men innafor dei snevre rammene som følgjer av unntaket frå den frie personmobiliteten. Det nye med direktivet er at det definerer nærmare kva som ligg i omgrepet «offentleg orden», slik som narkotikabrotsverk, vinningsbrotsverk og valdsbrotsverk. Kor alvorleg lovbrøtet er har som i dag noko å seie for om ein kan utvise, og for om og eventuelt kor lenge ein skal fastsetje innreiseforbodet."

På denne bakgrunn foreslår departementet at man i de aktuelle bestemmelser benytter begrepet "offentlig orden eller grunnleggende nasjonal interesser" i stedet for direktivets begrep "offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet"

Avslutningsvis i forbindelse med unntakene for frivillig retur, vil departementet også påpeke at vedtak om bortvisning ved yttergrensen og vedtak om utvisning etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstavene b, c, e, og §§ 67 og 68, også kan iverksettes uten at det settes en periode for frivillig retur. Dette betinges av at Norge benytter seg av muligheten til å avgrense anvendelsen av direktivet mot bortvisning på yttergrensen og for utlendinger som er ilagt en strafferettslig reaksjon i medhold av artikkel 2. Departementet foreslår, som nevnt under kapittel 4.3.2, at Norge benytter seg av denne muligheten.

Dublin-sakene

I henhold til dagens praksis, får ikke utlendinger som overføres til andre land i medhold av Dublin II-forordningen en periode for frivillig retur. Det er heller ikke intensjonen i Dublin II-forordningen at en slik periode skal gis. Returdirektivet vil heller ikke medføre at Dublin-overføringer skal underlegges en periode for frivillig retur. Se i denne sammenheng vurderingen i kapittel 2.6 om forholdet mellom Dublin II-forordningen og returdirektivet.

Departementet foreslår derfor på bakgrunn av dette å innta i ny § 90 sjuende ledd at det også kan unnlates å sette en periode for frivillig retur når utlendingen *omfattes av § 32 første ledd bokstav b*. På denne måten vil dagens ordning i forbindelse med overføring av utlendinger i henhold til Dublin II-forordningen videreføres.

Politiets adgang til å iverksette vedtak under perioden for frivillig retur

Den nye lovbestemmelsen vil ikke, som dagens regelverk, inneholde en rett for politiet til å føre utlendingen ut dersom det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate

riket innen utløpet av fristen. Det følger av artikkel 8 (2) at politiet ikke kan uttransportere en utlending før perioden for frivillig retur er utløpt, med mindre unntaksbestemmelsen i artikkel 7 (4) kommer til anvendelse. Det mest aktuelle forholdet for å begrunne en tidligere retur, vil naturligvis være unndragelsesfare. Rent praktisk vil det i mange sammenhenger kunne oppstå situasjoner som gjør at politiet må iverksette vedtak før utløpet av en periode for frivillig retur. Det kanskje vanligste eksempelet er hvor utlendingen endrer bopel uten å melde fra til myndighetene.

Spørsmålet videre blir således hvordan man rent praktisk skal gå frem når det oppstår en situasjon som nevnt. Dagens norske ordning er at politiet kan føre utlendingen ut dersom det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket frivillig innen utløpet av fristen. Direktivets endring av reglene knyttet til frivillig retur, kan imidlertid gjøre det vanskelig å videreføre denne ordningen i sin helhet. En av årsakene til dette er at UDI og UNE heretter vil fastsette perioden for frivillig retur i selve vedtakene. Det kan da spørres om politiet skal ha adgang til å "overprøve" deres beslutning. For en "overprøvingsadgang" kan det anføres at iverksetting av vedtak tradisjonelt sett har tilhørt politiets suverene vurdering. Således har politiet lang erfaring, og mer erfaring enn UDI og UNE, med å vurdere unndragelsesfare. Det kan også tas inn en passus i selve vedtakene, som presiserer at politiet kan iverksette vedtaket før utløpet av perioden for frivillig retur dersom det oppstår en fare for unndragelse.

Det som imidlertid må fremstå som klart, er at politiet ikke kan "overprøve" UDIs og UNEs vurdering knyttet til de øvrige vilkårene i artikkel 7(4). Herunder om en søknad er å anse som åpenbart grunnløs eller om en utlending utgjør en trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Dersom ett av disse vilkårene skulle komme til anvendelse, må UDI eller UNE selv fatte ny beslutning om at utlendingen ikke får en periode for frivillig retur.

Departementet foreslår etter dette å videreføre dagens ordning, i den grad det lar seg gjøre. Dette innebærer at politiet vil ha kompetanse til å iverksette et vedtak dersom det oppstår en fare for unndragelse som nevnt i forslag til ny § 106a. For øvrig vil unntakene i medhold av direktivet artikkel 7(4) måtte vurderes av UDI og UNE.

Når det gjelder kravet til skriftlighet, begrunnelse og klageadgang i denne sammenheng vises det til avsnittet nedenfor om klageadgang på beslutninger om frivillig retur.

Endelig må det presiseres at iverksettelse av vedtak under perioden for frivillig retur, som følge av oppstått fare for unndragelse, *skal* føre til at det opprettes en utvisningssak, jf. forslaget til nytt første ledd i utlendingsloven § 66. Her vil det måtte foretas en materiell prøving av grunnlaget for eventuell utvisning, som i dette tilfellet nettopp er unndragelsesfaren.

Klageadgangen på beslutninger om frivillig retur

Direktivet oppstiller et klart krav til medlemsstatene om å innvilge tredjelandsborgere en periode for frivillig retur. Spørsmålet er om en nektelse av en periode for frivillig retur, eller en kort periode for frivillig retur, eller en nektelse av en forlengelse av en periode for frivillig retur, kan påklages.

Det klare utgangspunktet i utlendingsloven er at beslutninger om iverksettelse ikke kan påklages. Det følger av § 90 sjette ledd siste punktum at beslutninger som gjelder iverksettelse, ikke regnes som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b. Dette regnes kun som prosessledende handlinger som ikke angår vedtaket direkte. Departementet foreslår å videreføre den norske ordningen med et klart skille mellom beslutninger og vedtak. Dette innebærer at nektelse av en periode for frivillig retur, eller en kort periode for frivillig retur, må anses å være en beslutning som er prosessledende, som dermed ikke kan påklages.

Retten til å klage, og rettsmidlene generelt, fremgår av direktivet artikkel 13. Bestemmelsen sikrer klagerett på vedtak i tilknytning til retur som nevnt i artikkel 12 (1). Artikkel 12 (1) lister opp de tre ulike vedtakstypene i direktivet: returvedtak, vedtak om uttransportering og vedtak om innreiseforbud. Det er altså kun disse tre vedtakstypene som er gjenstand for klage i henhold til direktivet. Departementet ønsker ikke å innføre vedtak om uttransportering i norsk rett (se kapittel 4.8), og vedtak om innreiseforbud er ikke relevant i denne sammenheng.

Ser man på definisjonen av et returvedtak i artikkel 3 (4), oppstilles det to selvstendige vilkår som utgjør det materielle innholdet i et returvedtak. For det første skal det fremgå at tredjelandsborgeren oppholder seg ulovlig. For det andre skal det pålegge, eller fastslå en utreiseplikt. Det er således disse materielle vilkårene som kan påklages etter artikkel 13 (1), og ikke en periode for frivillig retur.

En kontekstuell fortolkning underbygger også skillet mellom et returvedtak og en beslutning om en periode for frivillig retur. For å tydeliggjøre skillet har direktivet adskilt disse i to ulike artikler. Artikkel 7 (1) nevner kun at et returvedtak skal sørge for en periode for frivillig retur. Samtidig omtaler ikke artikkel 6 frivillig retur i noen sammenheng. Skillet styrkes ytterligere av at medlemsstatene kan velge å innvilge en periode for frivillig retur først etter at utlendingen har søkt om det. Perioden for frivillig retur må således anses å være noe annet enn selve returvedtaket.

Departementet kan på denne bakgrunn ikke se at direktivet oppstiller et krav om at perioden for frivillig retur skal kunne påklages. Likeledes vil det heller ikke være klagerett dersom en utlending ikke gis en forlenget periode for frivillig retur i medhold av artikkel 7 (2). Det vil heller ikke være anledning til å påklage i tilfeller hvor politiet iverksetter vedtaket under selve perioden for frivillig retur, som følge av at det har oppstått fare for unndragelse.

Departementet foreslår derfor å videreføre dagens ordning med at beslutninger om iverksettelse ikke kan påklages.

Dersom en periode for frivillig retur ikke gis, vil imidlertid den materielle vurderingen og rettssikkerhetsgarantien sikres ved at vedkommende også skal utvises i medhold av artikkel 11 (1) (a). Utlendingen må i denne sammenheng forhåndsvarsles om utvisningen. Her vil det være adgang til å komme med innsigelser til grunnlaget for utvisningen, nemlig at vedkommende ikke er gitt en utreisefrist. I tillegg vil et eventuelt utvisningsvedtak fattet av UDI kunne påklages til UNE. Departementet ser således heller ikke at det gjør seg gjeldende et behov for utlendingen å kunne påklage en beslutning om en periode for frivillig retur i denne sammenheng.

Når det gjelder kravet til skriftlighet og begrunnelse etter artikkel 12, omfattes som omtalt ikke *beslutninger*. Perioden for frivillig retur vil riktignok inntas i vedtakene, slik at skriftlighet faktisk vil gjelde. Det kan altså ikke oppstilles et krav om skriftlighet når politiet iverksetter vedtak innen utløpet av perioden for frivillig retur, når det oppstår en fare for unndragelse. Men også her vil det i praksis utøves skriftlighet dersom vedkommende pågripes av politiet.

Søknad om frivillig retur

Medlemsstatene kan selv avgjøre om retten til frivillig retur skal betinges av en søknad. Departementet foreslår at man ikke går for en slik løsning. For det første er dagens praksis at en utlending, i de aller fleste tilfeller, får en frist for frivillig utreise. Direktivet vil dermed innebære en videreføring av det som er hovedregelen etter dagens praksis. For det andre vil det være en vesentlig og unødvendig arbeidsbyrde for forvaltningen å måtte behandle slike søknader. Og for det tredje vil en rett til en periode for frivillig retur, uten at det må søkes om det, styrke utlendingens rettssikkerhet.

Praktiske utfordringer

Et av hovedformålene med direktivet er å bidra til økt bruk av frivillig hjemreise. Dette kan undertiden også skape enkelte utfordringer. En utfordring som direktivet ikke gir direkte svar på, er tilfeller hvor en tredjelandsborger benytter et annet Schengen-land som transittland ved frivillig retur tilbake til hjemlandet. Ved innreisen til et annet Schengen-land, vil det da oppstå et nytt ulovlig opphold i dette landet med en korresponderende plikt for dette landet til å fatte et returvedtak. Direktiv 2003/110 omfatter riktignok transittsamarbeid, men anvendelsesområdet gjelder kun transitt via luft. Direktivet kommer således ikke til anvendelse ved annen reisevirksomhet. Direktiv 2001/40 omhandler gjensidig anerkjennelse av utvisningsvedtak av tredjelandsborgere. Det har vært foreslått å utvide direktivet til også å omfatte returvedtak, men en slik ordning er ikke på plass.

Økt bruk av frivillig utreise kan også føre til at flere tredjelandsborgere velger å reise til andre europeiske land uten at vedkommende utreisekontrolleres. Direktivet inneholder heller ikke en "fordelingsmekanisme" som i Dublin-samarbeidet. Dette innebærer at det landet som utlendingen faktisk oppholder seg ulovlig i, også må fatte et returvedtak og returnere vedkommende i tråd med direktivets bestemmelser.

Forslag til ny § 90 sjette og sjuende ledd:

Vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise innen en fastsatt frist. Fristen skal settes til mellom sju og tretti dager. Dersom det anses nødvendig, kan det settes en lengre frist. Det kan unnlates å gi en frist for frivillig retur når

- a) det er fare for unndragelse, jf. § 106 a,*
- b) en søknad er avslått som åpenbart grunnløs,*
- c) utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser,*
- d) utlendingen omfattes av § 32 første ledd bokstav b,*
- e) utlendingen bortvises ved yttergrensen, eller*
- f) utlendingen utvises etter §§ 66 annet ledd bokstav b, c eller e, 67 eller 68.*

Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt, kan politiet føre utlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Retur av enslig mindreårig skal bare skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et forsvarlig omsorgstilbud. Utlendinger som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette. Beslutninger som gjelder iverksetting, regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Retur av enslige mindreårige som nevnt i sjuende ledd omtales nærmere i kapittel 4.10.

4.8. Uttransportering – Artikkel 8

4.8.1. Direktivets krav

Bestemmelsen omhandler selve uttransporteringen av tredjelandsborgeren fra Schengen-territoriet, jf. definisjonen i artikkel 3(5). Schengen-landene pålegges å treffe de nødvendige tiltak for å effektivere et returvedtak i to tilfeller: Når tredjelandsborgeren ikke har reist innen utreisefristen, eller når det i henhold til artikkel 7 (4) ikke er gitt en utreisefrist.

Videre er Schengen-landene forpliktet til å vente med å uttransportere til utreisefristen har utløpt, med mindre det oppstår forhold som nevnt i artikkel 7(4).

Direktivet stiller ikke krav om et separat vedtak for å kunne igangsette uttransporteringen. Det er opp til det enkelte medlemsland å avgjøre om man vil ha dette.

Artikkel 8 (4) omtaler maktbruk i forbindelse med uttransporteringen. Det oppstilles krav om proporsjonalitet og rimelighet ved utøvelse av makt. I tillegg skal maktmidler kun benyttes som en siste utvei. Bruk av makt skal utføres i samsvar med nasjonal lovgivning og i tråd med fundamentale rettigheter og med respekt for tredjelandsborgerens verdighet og fysiske integritet.

Direktivet viser også til felles retningslinjer om sikkerhet i forbindelse med felles flygninger, jf. tillegg til Rådsbeslutning 2004/573/EC.

Endelig oppstilles det krav om at medlemslandene skal sørge for et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer.

4.8.2. Norsk rett

Det følger av utlendingsloven § 90 sjette ledd at dersom pålegg om å forlate riket ikke blir fulgt, eller det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, "kan politiet føre utlendingen ut". Ansvaret for politiet til å uttransportere personer som oppholder seg ulovlig i Norge er videre regulert i rundskriv, samt i Kongelig resolusjon ved opprettelsen av PU. Det følger også av Schengen-konvensjonen at statene er forpliktet til å sørge for å uttransportere personer som er bortvist.

Hva gjelder regler om hvordan polititjenesten skal utføres, reguleres dette i Lov om politiet (politiloven) av 4. august 1995 nr 53 § 6. Bestemmelsen angir grunnprinsippene for all politimyndighetsutøvelse. Den er ikke ment som en selvstendig hjemmel for politiinngrep, men den angir prinsipper for valg og bruk av virkemidler.

4.8.3. Departementets vurdering og forslag

Et viktig element i direktivet er å sørge for at medlemslandene faktisk uttransporterer tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på deres territorium. Schengen-landene har i varierende grad prioritert en effektiv returpolitikk. Dette betyr at personer uten lovlig opphold eller med avslag på asyl, ikke er blitt returnert til sitt hjemland, men i stedet har hatt mulighet til å reise videre innen Schengen-området. De har da kunnet ta opphold eller søke asyl på nytt i et annet Schengen-land. Dette medfører en stor belastning på de landene som vektlegger en ordnet og effektiv søknadsbehandling. Det anses som svært vanskelig å bekjempe ulovlig innvandring uten at man har en effektiv politikk for retur av personer som oppholder seg ulovlig på Schengen-territoriet.

Direktivets artikkel 8 (1) er bestemmelsen som skal bidra til at landene uttransporterer tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i Schengen-området. Bestemmelsen legger en føring på medlemsstatene for å prioritere returer. Direktivet oppstiller et mål som medlemsstatene skal søke å overholde. Måten målet skal nås på er imidlertid overlatt til hver enkelt stat. Bestemmelsens ordlyd er i så måte relativ vag og det norske regelverket må anses å være i samsvar med bestemmelsen. Returarbeidets kompleksitet tilsier også at det ikke kan oppstilles en absolutt plikt-regel som ville være mulig å overholde for medlemslandene. Det tillegges derfor en nokså vid skjønnsmargin til medlemsstatene i denne forbindelse.

Det følger av utlendingsloven § 90 sjette ledd at politiets generelle adgang til å uttransportere en utlending er begrenset. Utreisefristen må være utløpt eller det må være en sannsynlighetsovervekt for at vedkommende ikke vil forlate riket innen fristen.

Departementet er av den oppfatning at bestemmelsen må anses å være i samsvar med direktivets artikkel 8 (2).

Særskilt vedtak om uttransportering

Som nevnt, åpner returdirektivet for at det kan fattes et særskilt vedtak om uttransportering i artikkel 8 (3). Dette er ikke praksis i Norge i dag. Departementet vurderer det også som unødvendig at det skal fattes et separat vedtak om å igangsette uttransporteringen. En slik ordning vil kun medføre merarbeid for utlendingsmyndighetene. Departementet kan heller ikke se at det vil være av sentral betydning for tredjelandsborgeren som skal uttransporteres å underlegges en slik ordning. Det foreslås derfor å ikke innføre et særskilt vedtak om uttransportering i norsk utlendingsrett.

Maktbruk

Politiets bruk av makt er godt regulert i norsk rett. Både politiloven § 6 og direktivet regulerer prinsipper for selve maktutøvelsen. De regulerer ikke grunnlaget for eller danner et hjemmelsgrunnlag for maktbruk. Det er departementets vurdering at politiloven § 6 må anses å være i samsvar med direktivet artikkel 8(4), og at det ikke kreves noen endring av norsk rett på bakgrunn av denne bestemmelsen.

Når det gjelder artikkel 8 (5), er rådsbeslutning 2004/573/EC bindende for Norge. Det fremgår av fortalen at beslutningen innebærer en videreføring av Schengen-regelverket. Retningslinjene som returdirektivet viser til, er derimot ikke bindende for medlemsstatene. I tillegg foreskriver returdirektivet at retningslinjene kun skal hensyntas. Artikkel 8 (5) må således anses å skulle bevisstgjøre medlemsstatene om allerede eksisterende regelverk. Departementet ser av den grunn ikke behov for endring av norsk regelverk på bakgrunn av artikkel 8 (5).

Effektivt kontrollsystem

Artikkel 8 (6) stiller krav om at statene skal ha et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer, et såkalt "monitoring system". Systemet er ikke nærmere beskrevet i returdirektivet eller i Europarådets retningslinjer. Landene har heller ingen felles fortolkning av hvilke krav som skal settes til et slikt system. Departementet mener at bestemmelsen kan forstås slik at det oppstilles et krav om en generell kontroll av det enkelte lands retur-system som sådant, som innbefatter bl.a. regelverk, organisering og opplæring. Bestemmelsen kan ikke forstås slik at landene skal ha et system som skal føre kontroll med hver enkelt retur. Departementet anser at det norske overordnede systemet for tilsyn med returer, som omfatter overordnet tilsyn fra Sjefen for PU og ansvar tillagt Tilsynsrådet, Sivilombudsmannen, Spesialenheten for politisaker og domstolene, i all hovedsak tilfredsstiller direktivets krav.

Se for øvrig vurderingen knyttet til økonomiske og administrative konsekvenser i kapittel 5.3.

4.9. Utsatt uttransportering – Artikkel 9

4.9.1. Direktivets krav

Medlemslandene *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).

Medlemslandene *kan* utsette iverksettingen i særlige tilfeller. Det skal i disse tilfellene tas hensyn til tredjelandsborgerens fysiske og psykiske tilstand, samt ”tekniske” årsaker, som transportkapasitet og identifiseringsproblemer.

Dersom en uttransport er utsatt, kan tiltakene i artikkel 7 (3) benyttes for å redusere unndragelsesfaren.

Direktivet regulerer ikke nærmere hvordan en eventuell utsettelse skal utformes.

4.9.2. Norsk rett

Vernet mot retur er nedfelt i utlendingsloven § 73. Bestemmelsens siste ledd presiserer at vernet kommer til anvendelse ved alle former for vedtak etter loven.

Videre regulerer utlendingsloven § 90 sjuende og åttende ledd når UNE og UDI kan instruere politiet om å utsette iverksettingen. Departementet kan instruere UNE og UDI om å utsette iverksettingen av en bestemt type vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, i påvente av endringer i lov eller forskrift.

Forvaltningsloven § 42 omhandler utsatt iverksetting av vedtak. Underinstans, klageinstans eller annet overordnet organ kan beslutte at vedtak ikke skal iverksettes før klagefristen er ute eller klagen er avgjort.

4.9.3. Departementets vurdering

Direktivet artikkel 9 gjelder de tilfeller hvor en stat må iverksette vedtak som følge av at utlendingen ikke har reist frivillig. Direktivets bestemmelse opererer med en skal-regel og en kan-regel. Skal-regelen i artikkel 9(1) må anses å være i samsvar med utlendingsloven §§ 73 og 90.

Hva angår direktivbestemmelsens kan-regel, anser ikke departementet det som hensiktsmessig å endre norsk lov i denne sammenheng. Bestemmelsen oppretter en ordning om midlertidig berostillelse av en uttransportering uavhengig av klagesaken. Den norske ordningen retter seg mot behovet for å suspendere effekten av et vedtak for å avvende konklusjonen av selve klagevedtaket. Når et vedtak er fattet av utlendingsmyndighetene er det departementets klare oppfatning at dette også skal iverksettes uten ytterligere berostillelse.

4.10. Retur av enslige mindreårige – Artikkel 10

Departementets vurdering: Direktivbestemmelsen vil medføre at det innføres en bestemmelse i utlendingsloven som regulerer i hvilke tilfeller enslige mindreårige kan returneres.

4.10.1. Direktivets krav

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.

4.10.2. Norsk rett

Utlendingsloven regulerer ikke retur av enslige mindreårige særskilt. Det følger imidlertid av Justisdepartementets rundskriv om uttransportering av utlendinger, at ved uttransport av enslige mindreårige skal vedtaksmyndigheten opprette/formidle kontakt med omsorgsperson i hjemlandet.⁸ Som hovedregel skal uttransportering ikke skje med mindre omsorgspersonen i hjemlandet er informert om de nærmere detaljene ved returen.

4.10.3. Departementets vurdering og forslag til ny lovtekst

Etter norsk praksis har det bare vært aktuelt å returnere barn uten beskyttelsesbehov til omsorgspersoner i hjemlandet, og ikke til en omsorgsinstitusjon. Praksis ble imidlertid endret 3. september 2009. Praksis er nå retur til forsvarlig omsorg – herunder familie, inkludert storfamilie, samt omsorgsinstitusjon.

Det følger også av utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav a at det i vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal legges vekt på om ”*utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur*”. Vurderingen av omsorgssituasjonen i hjemlandet knytter seg altså i norsk rett til selve vurderingen av om opphold skal gis, og ikke til en eventuell senere uttransportering.

Departementet anser det som nødvendig å nedfelle i lovs form den rett enslige mindreårige har i medhold av direktivets artikkel 10 (2). På denne måten vil vernet mot retur uten forsvarlig omsorg være sikret i loven og ikke være overlatt til norsk forvaltningspraksis. Det kan også nevnes at Sverige i forbindelse med arbeidet med gjennomføringen av returdirektivet har foreslått at artikkel 10 (2) inntas i Utlänninglagen på tilsvarende måte.⁹

⁸ Rundskriv G-19-1998-8 – Uttransportering av utlendinger etter vedtak truffet i medhold av utlendingslovgivningen.

⁹ Se SOU 2009:60 s. 105.

En slik bestemmelse vil sette en absolutt skranke for retur av mindreårige til andre enn familiemedlemmer, utnevnt verge eller forsvarlig omsorgstilbud. Departementet vil presisere at selv om man tar inn en slik verneregel for enslige mindreårige i loven, betyr ikke det at myndighetene skal returnere en enslig mindreårig, som i utgangspunktet ikke har et beskyttelsesbehov, så fremt det finnes familiemedlemmer, utnevnt verge eller et forsvarlig omsorgstilbud i opprinnelseslandet. Det avgjørende i denne sammenheng vil være myndighetenes til enhver tid gjeldende praksis. Skjønnsvurderingen i forhold til utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav a opprettholdes, men i de tilfellene man kommer til at en enslig mindreårig skal returneres, vil det da oppstilles en ekstra rettsikkerhetsgaranti for denne gruppen.

Forslag til ny § 90 sjuende og åttende ledd:

Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt, kan politiet føreutlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Retur av enslig mindreårig skal bare skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et forsvarlig omsorgstilbud. Utlendinger som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette. Beslutninger som gjelder iverksetting, regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses å være et forsvarlig omsorgstilbud.

4.1.1. Innreiseforbud – Artikkel 11

Departementets vurdering: Direktivets bestemmelse vil medføre endringer i utlendingsloven § 66, hvor det innføres en skal-regel i forbindelse med utvisning. I tillegg endres § 71 annet ledd med hensyn til innreiseforbudets lengde.

4.11.1. Direktivets krav

Direktivets artikkel 11 regulerer i hvilke tilfeller innreiseforbud (utvisning) 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 tredjelandsborgeren ikke er gitt en frist for frivillig utreise, eller dersom han ikke har etterkommet et pålegg om å reise ut.

Lengden på et innreiseforbud skal som hovedregel ikke overstige fem år, med mindre det foreligger en alvorlig trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet.

Medlemsstatene er forpliktet til å vurdere å trekke tilbake, eller oppheve et innreiseforbud i tilfeller hvor en tredjelandsborger kan dokumentere at han har forlatt territoriet i overensstemmelse med et returvedtak.

Ofre for menneskehandel som har fått en oppholdstillatelse kan kun utvises etter artikkel 11 (1) b, dvs. dersom vedkommende ikke har etterkommet et returvedtak. Det må i tillegg konstateres at vedkommende utgjør en trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet.

Bestemmelsen åpner videre for at medlemsstatene kan unnlate å utstede, trekke tilbake, eller oppheve innreiseforbudet i individuelle saker av humanitære grunner.

Dersom det foreligger andre fyllestgjørende grunner, kan medlemslandene trekke tilbake eller oppheve et innreiseforbud i individuelle tilfeller eller i noen særlige typer sakstilfeller.

Dersom en tredjelandsborger er utvist av et annet medlemsland, og et medlemsland vurderer å gi vedkommende en oppholdstillatelse, skal medlemslandet som har ilagt innreiseforbudet konsulteres. Medlemslandet som behandler oppholdstillatelsen skal ta hensyn til artikkel 25 i Schengen-konvensjonen (artikkel 11 (4)).

Det ovenfor nevnte skal ikke gjelde for utlendinger som har krav på beskyttelse i medhold av statusdirektivet artikkel 2(a).¹⁰

4.11.2. Norsk rett

Direktivet benytter begrepet innreiseforbud. Innreiseforbud er også et innarbeidet begrep i norsk utlendingsrett. I Norge går skillet mellom bortvisning og utvisning nettopp på hvorvidt et innreiseforbud er ilagt eller ikke. I tilfeller hvor et innreiseforbud er ilagt, er det samtidig tale om et vedtak om utvisning. Nedenfor benyttes derfor både begrepet utvisning og begrepet innreiseforbud om hverandre som to sider av samme sak, selv om direktivet utelukkende benytter innreiseforbud.

Utvisning av tredjelandsborger uten oppholdstillatelse reguleres i utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a. Bestemmelsen er en kan-bestemmelse. Det er videre nedfelt i rundskriv fra UDI i hvilke tilfeller utvisning kan vurderes.¹¹

Utlendingsloven § 70 stiller videre krav om forholdsmessighet ved bruk av utvisning. Forholdets alvor skal avveies mot utlendingens tilknytning til riket. Det er også presisert at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn.

¹⁰ Direktivet omhandler kriterier for å fastslå om en asylsøker oppfyller kravene til asyl eller ikke. Direktiv 2004/83/EF.

¹¹ RS 2009-003 – Utlendingsloven § 29 og § 30 – Brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold.

Det følger videre av utlendingsloven § 71 annet ledd at innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for et kortere tidsrom enn to år. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Det kan også innvilges kortvarig besøk til riket selv om innreiseforbudet ikke oppheves.

Utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav d regulerer opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn hvor en utlending har vært offer for menneskehandel.

4.11.3. Departementets vurdering og forslag

Direktivet regulerer ikke grunnlag for utvisning av tredjelandsborgere generelt. Det skal i to tilfeller utvises (ilegges innreiseforbud), som nevnt over, og for øvrig vil det være opp til de nasjonale myndighetene å utvise tredjelandsborgere. Således berører returdirektivet utvisning i et begrenset materielt omfang. De tilfellene det faktisk regulerer kan allikevel vise seg å omfatte relativt mange saker.

En sentral forskjell mellom direktivet og norsk rett er at direktivet er utstyrt med en skal-regel, mens det norske regelverket er fakultativt og utstyrt med et fritt skjønn for forvaltningen. Konkret gir dette utslag ved at en oversittet utreisefrist eller unnlatelse av å gi utreisefrist automatisk vil ende i et utvisningsvedtak. Dette modifiseres noe av artikkel 11 (3), hvor det kan unnlates å ilegge et innreiseforbud av humanitære grunner. Men samlet sett opererer direktivet med en relativt streng utvisningsregel. Bruken av utvisningsinstituttet skal i så måte stimulere til økt bruk av frivillig retur, som også er et bærende hensyn i direktivet.

Direktivet vil således legge mer bånd på forvaltningen sammenlignet med den norske kan-bestemmelsen. I denne sammenheng kan det påpekes at det norske regelverket om bort- og utvisning må anses å være en del av forvaltningens frie skjønn (hensiktsmessighetsskjønnet). Dette innebærer at forvaltningens vurdering av om de vil fatte vedtak, ikke er underlagt en ordinær domstolskontroll. Generelt, ved implementering av direktiver vil det ikke være tilstrekkelig at forvaltningen selv etterlever direktivet under utøvelse av det frie skjønn. For det første vil det ikke gi publikum den nødvendige informasjon om de rettslige konsekvenser som direktivet innebærer. For det andre vil det ikke være underlagt domstolskontroll, ettersom forvaltningens frie skjønn som nevnt ikke er underlagt slik kontroll i norsk rett. For å overholde direktivets krav om at innreiseforbud *skal* ilegges, må utlendingsloven endres.

På denne bakgrunn foreslår departementet en lovbunden regel om utvisning i tilfeller hvor det ikke gis en frivillig utreise og hvor utreisefristen ikke er overholdt, se forslag til ny § 66 første ledd nedenfor. Det *skal* utvises når utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefristen gitt i medhold av forslag til ny § 90 sjette ledd. En oversittelse, uansett varighet, skal i utgangspunktet føre til at utvisning skal vurderes. I tillegg *skal* det utvises når det ikke er gitt en utreisefrist i medhold av forslag til ny § 90 sjette ledd. Det kan unnlates å gi en periode for frivillig retur på grunn av fare for unndragelse, eller hvor en søknad er avslått som åpenbar grunnløs, eller

hvor utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser (se nærmere redegjørelse i kapittel 4.7.3). Samlet sett medfører forslaget en klart strengere utvisningsregel enn dagens.

Vedtakene om utvisning vil, som i dag, fattes av UDI med politiet som forberedende organ. Utlendingen kan videre søke om opphevelse av innreiseforbudet, i tråd med direktivet.

Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning

Ethvert vedtak om utvisning skal etter norsk rett underlegges en forholdsmessighetsvurdering. Adgangen til å unnlate å fatte vedtak når det er uforholdsmessig, må anses å være i samsvar med "humanitære årsaker" i artikkel 11 (3), samt fjerde ledd i artikkel 11 (3). Departementet mener derfor at direktivet ikke vil kreve en endring av forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett.

Innreiseforbudets lengde

Direktivet regulerer lengden på innreiseforbudet i artikkel 11 (2). Femårsregelen gjelder i forhold til utvisning etter § 11 (1) a og b, samt i tilfellene som er nevnt i siste punktum. Dette medfører at utlendinger uten oppholdstillatelse som hovedregel ikke skal gis et innreiseforbud på mer enn fem år.

Norsk utvisningspraksis er imidlertid at det i mange tilfeller gis varig innreiseforbud for brudd på utlendingsloven. Dette gjelder for eksempel ved utvisning for falsk identitet. Dersom en utlending har ulovlig opphold og samtidig har oppgitt falsk identitet til norske myndigheter, skal det etter direktivet som hovedregel ikke utvises for mer enn fem år. På denne bakgrunn foreslår departementet å endre utlendingsloven § 71 annet ledd slik at direktivets hovedregel om innreiseforbudets lengde fremgår av loven. Direktivets anvendelsesområde er imidlertid begrenset, slik at det kun er utvisning i medhold av forslag til ny § 66 første ledd og annet ledd bokstavene a, d og f, som rammes av direktivet. Når grunnlaget for utvisning er hjemlet i de nevnte tilfellene kan det i utgangspunktet ikke ilegges innreiseforbud for mer enn fem år.

I tillegg foreslår departementet å benytte den muligheten direktivet gir for å illegge et lengre innreiseforbud dersom utlendingen representerer en alvorlig trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser (se nærmere redegjørelse i kapittel 4.7.3). Dette inntas også i § 71 annet ledd. Når det gjelder utvisning i medhold av § 66 første ledd bokstav f omfattes dette som nevnt av direktivet. Det vil imidlertid være overflødig å nevne i lovteksten at utvisning på dette grunnlaget rammes av femårsregelen. Det er her tale om utvisning når grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig. Unntaksbestemmelsen omhandler nettopp utvisning når utlendingen utgjør en alvorlig trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Det er imidlertid en forskjell ved at den norske utvisningsbestemmelsen taler om når "grunnleggende nasjonale interesser *gjør det nødvendig*" mens direktivets ordlyd er "*alvorlig trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser*".

Departementet kan imidlertid ikke se at dette nødvendiggjør en eksplisitt referanse til § 66 første ledd bokstav f i forslaget til ny § 71 annet ledd.

Endelig ønsker departementet å åpne for utvisning hvor det ilegges kun ett års innreiseforbud. I utlendingsloven 2008 § 71 annet ledd ble det innført en regel om å ikke ilegge innreiseforbud for kortere tidsrom enn to år. Det ble anført at utvisning er en alvorlig reaksjon, og hvis myndighetene mener at det ikke er grunn til å reagere med utvisning for minimum to år, bør utvisning unnlates og det bør eventuelt velges en annen reaksjon.¹² Denne begrunnelsen er ikke lenger av samme relevans som følge av direktivets nokså lave terskel for å fatte vedtak om utvisning. Som nevnt medfører direktivet at utlendinger kan utvises selv etter få dagers ulovlig opphold, eller hvor en utreisefrist ikke gis. Det synes derfor rimelig at det også kan vurderes å ilegge innreiseforbud med ett års varighet i tilfeller hvor alvorlighetsgraden på bruddet ligger i nedre sjikt. Departementet foreslår derfor å stryke ”men ikke for kortere tidsrom enn to år” i utlendingsloven § 71 annet ledd annet punktum, slik at innreiseforbud med ett års varighet kan ilegges.

Praktiske utfordringer

Utvisning som følge av at utlendingen ikke er gitt en utreisefrist vil ikke by på store utfordringer for saksbehandlingen. Det vil da automatisk fattes utvisningsvedtak. Når det gjelder utlending som ikke overholder en gitt utreisefrist, vil vedtak om utvisning måtte fattes etter et bortvisningsvedtak, eller et ordinært avslagsvedtak.

Det kan legges opp til en ordning hvor utlendingen selv har en aktiv rolle for å stimulere ytterligere til frivillig utreise. Etter dagens ordning blir en utlending bedt om å møte for politiet innen utreisefristens utløp. Departementet er av den oppfatning at denne ordningen bør videreføres og at en utvisningssak automatisk initieres dersom utlendingen ikke møter for politiet og samarbeider om retur. Dersom det viser seg at utlendingen allikevel har overholdt utreisefristen, vil innreiseforbudet måtte oppheves. Utlendingen vil i sistnevnte tilfelle relativt enkelt kunne sende inn kopi av stempel i pass eller billetter som dokumentasjon på sin utreise.

Opphevelse av innreiseforbudet

Direktivet pålegger medlemsstatene å vurdere opphevelse av innreiseforbud hvor utlendingen har overholdt et returvedtak. Utlendingen må imidlertid være utvist etter direktivets artikkel 11 (1) annet ledd. Direktivet binder imidlertid ikke medlemsstatene i selve avgjørelsen av om et innreiseforbud skal oppheves. Det må være tilstrekkelig at vurderingen foretas etter en søknad og ikke av eget initiativ fra forvaltningens side. Utlendingsloven § 71 annet ledd, hvor et innreiseforbud kan oppheves etter søknad dersom nye omstendigheter tilsier det, vil være i overensstemmelse med direktivets krav. UDI vurderer opphevelse eller adgang til riket for kortvarig besøk i første instans, og vedtaket kan påklages til UNE.

¹² Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 294.

Konsekvenser for utvisning som følge av begrenset anvendelsesområde for direktivet
Departementet foreslår i kapittel 4.2 å begrense direktivets anvendelsesområde i medhold av artikkel 2. Konsekvensen er at utlendinger som utvises på grunn av straffbare handlinger, ikke omfattes av direktivets bestemmelser. Av utvisningsbestemmelsene som knytter seg til grunnlaget for utvisning, er det således bare utlendingsloven § 66 bokstav a, d og f som rammes av direktivet. De øvrige bestemmelsene som danner grunnlag for utvisning, faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Utlendingsloven §§ 67 og 68 kan i tillegg unntas som følge av at utlendingene i utgangspunktet har lovlig opphold i riket på vedtakstidspunktet.

Når det gjelder utlendingsloven § 66 første ledd bokstav f, som gjelder utvisning når grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig, skal det presiseres at det fremdeles vil kunne gis varig innreiseforbud i disse tilfellene, og at vedtaket også kan iverksettes uten en periode for frivillig retur. Dette følger av direktivets unntaksbestemmelser i artiklene 7 (4) og 11 (2).

Forslag til ny § 66 første ledd:

En utlending uten oppholdstillatelse skal utvises:

- a) *når utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefristen gitt i medhold av § 90 sjette ledd,*
- b) *når utlendingen ikke er gitt en frist for frivillig retur i medhold av § 90 sjette ledd fordi det er fare for unndragelse, jf. § 106a, eller fordi en søknad er avslått som åpenbart grunnløs, eller fordi utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser.*

Dagens § 66 første ledd blir nytt annet ledd.

Forslag til ny § 71 annet ledd:

Utvisningen er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset. *Innreiseforbud gitt i medhold av § 66 første ledd og annet ledd bokstav a og d kan ikke gis for mer enn fem år, med mindre utlendingen utgjør en alvorlig trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser.* Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist, etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen.

4.12. Rettssikkerhetsgarantier – Artiklene 12, 13 og 14

4.12.1. Direktivets krav

Vedtakene som fattes i medhold av direktivet skal være skriftlige og begrunnede med informasjon om klagemulighetene. Videre skal hovedbestanddelen i beslutningene være oversatt, dersom utlendingen ber om det.

Vedtakene skal kunne påklages til et uavhengig klageorgan. Klageorganet skal ha kompetanse til å overprøve vedtaket, og det skal ha kompetanse til å utsette iverksettingen av et vedtak.

Artikkel 14 oppstiller enkelte rettigheter under perioden for frivillig retur og under perioden hvor retur utsettes i medhold av artikkel 9.

4.12.2. Norsk rett

Kapittel 11 i utlendingsloven omhandler saksbehandlingsregler for saker som omfattes av loven. Det følger av utlendingsloven § 80 at forvaltningsloven gjelder når ikke annet følger av loven.

Et returvedtak i direktivets forstand vil i norsk utlendingsforvaltning komme til uttrykk gjennom et vedtak om bort- eller utvisning, eller som et rent avslagsvedtak. Vedtak om bortvisning vil kunne påklages til UDI, eventuelt UNE dersom politiet ikke har vedtakskompetanse. Likeledes vil vedtakene være begrunnet, jf. forvaltningsloven §§ 24 og 25, og inneholde opplysninger om muligheten til å klage, jf. § 27 tredje ledd.

4.12.3. Departementets vurdering

Direktivet oppstiller minstestandarder for rettsikkerhetsgarantier som skal gjelde for tredjelandsborgere i samtlige Schengen-land. Dette vil innebære en betydelig styrking av rettighetene for tredjelandsborgere i mange land.

Departementet anser imidlertid at de rettsikkerhetsgarantiene som er nedfelt i direktivet allerede er ivarettatt i norsk rett, og at gjennomføring av direktivet ikke nødvendigvis gjør noen endringer i norsk lov på dette punktet, herunder mht. klageadgang. For øvrig vises det til drøftelsen ovenfor om klageadgangen på beslutninger om frivillig retur under kapittel 4.7.3.

4.13. Rettshjelp – Artikkel 13 (4)

Direktivets bestemmelser sammenliknes i denne sammenheng med dagens rettshjelpsbestemmelser.

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..."

Bestemmelsen innebærer forpliktelser med hensyn til fri rettshjelp ved retur av utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket. Ordlyden angir imidlertid ikke konkret hvilke forpliktelser som følger av direktivet.

Departementet mener at den norske rettshjelpordning, slik den følger av lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) og utlendingsloven, er i overensstemmelse med direktivet. Det vises til utlendingsloven § 42 femte ledd første

punktum der det fremkommer at utlendingen har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker om blant annet bortvisning og utvisning.

Det er gjort unntak fra den ubetingede retten til fritt rettsråd uten behovsprøving der utlendingen er utvist på bakgrunn av at vedkommende er domfelt for en straffbar handling, jf. utlendingsloven § 92 første ledd annet punktum. I disse sakene kan det imidlertid unntaksvis gis rettshjelp etter den generelle regelen i rettshjelpsloven § 11 tredje ledd om behovsprøvd rettshjelp i uprioriterte saker.

Videre følger det av utlendingsloven en rett til fri sakførsel uten behovsprøving ved blant annet sak om fengsling, meldeplikt eller andre pålegg i forbindelse med iverksetting av vedtak.

Konklusjon

På bakgrunn av det ovennevnte mener departementet at det ikke vil være nødvendig med lovendringer som følge av returdirektivet artikkel 13(4) om fri rettshjelp.

4.14. Fengsling for å sikre iverksetting – Artikkel 15

Departementets vurdering: Bestemmelsen medfører endringer i utlendingsloven § 106. Det innføres en tidsbegrensning for fengsling på 18 måneder, med åpning for visse unntak.

Spørsmål til høringsinstansene:

Departementet ber berørte høringsinstanser om å synliggjøre eventuelle 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, se nedenfor under punktet *Rene identitetsfengslinger*.

4.14.1. Direktivets krav

I følge direktivet artikkel 15 kan en tredjelandsborger som skal returneres bare holdes i fengslig 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. Det gjelder særlig når det er en fare for unndragelse, når tredjelandsborgeren unnlater å samarbeide, eller hindrer forberedelsen til en retur eller selve uttransporteringen.

Enhver fengsling skal være så kort som mulig og skal bare opprettholdes så lenge det er fremdrift i returforberedelsene og myndighetene bestreber seg på å gjennomføre dem med tilstrekkelig hurtighet ("with due diligence"). Fengsling skal besluttes av en forvaltningsmyndighet, eller av en domstol. I tillegg skal beslutning om fengsling være skriftlig og begrunnes rettslig og faktisk.

Dersom beslutning om fengsling fattes av en forvaltningsmyndighet skal myndigheten sørge for rettslig overprøving snarest mulig av eget initiativ, eller gi tredjelandsborgeren en mulighet til å bringe saken inn for domstolen (artikkel 15 (2)).

Direktivet stiller videre krav om en jevnlig vurdering av om fengslingen skal opprettholdes (artikkel 15 (3)).

Tredjelandsborgeren skal løslates dersom det ikke lenger foreligger rimelig utsikt for retur på et rettslig eller faktisk grunnlag (artikkel 15 (4)).

Fengslingsperioden skal i utgangspunktet ikke overstige 6 måneder. Dersom returprosessen allikevel viser seg å gå ut over 6 måneder, kan fengslingen forlenges inntil ytterligere 12 måneder, som følge av manglende samarbeid fra utlendingen eller forsinkelser med frembringelse av dokumentasjon fra tredjeland (artikkel 15 (5) og (6)).

4.14.2. Norsk rett

Utlendingsloven § 99 omtaler bruken av tvangsmidler generelt. Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Videre kan ikke et tvangsmiddel brukes når det etter sakens art og forholdene ellers vil være et uforholdsmessig inngrep.

Utlendingsloven § 106 omhandler pågrep og fengsling. Bestemmelsens første ledd bokstav a omhandler fengsling hvor det er tvil om identitet. Bokstav b omfatter fengsling i forbindelse med iverksetting av vedtak. Bokstav c gir hjemmel for frihetsberøvelse for å fremstille en person for det aktuelle lands utenriksstasjon.

Fremstillingsfristen er snarest mulig etter pågrep og så vidt mulig dagen etter. Fengsling etter bokstav b og c kan besluttes for høyst fire uker.

Samlet fengslingstid skal ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner.

For øvrig vil Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25 §§ 174 til 191 gjelde så langt de passer. Det følger blant annet av § 185 siste ledd at dersom retten på noe tidspunkt finner at etterforskingen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.

4.14.3. Departementets vurdering og forslag

Innledning

Pågrep og fengsling av utlendinger i effektueringsøyemed er et viktig virkemiddel for å sikre uttransportering av utlendinger som ikke reiser frivillig. I 2008 fengslet Oslo

tingrett 237 utlendinger etter begjæring fra PU i tilfeller hvor det forelå fare for unndragelse¹³. Til sammenligning ble det fengslet 115 som følge av tvil om identitet.

Direktivets fengslingsbestemmelse omhandler i utgangspunktet kun utlendinger som skal returneres. Utlendingsloven opererer som nevnt ovenfor med tre selvstendige grunnlag for å fengsle utlendinger. Den første hjemmelen åpner for fengsling av utlendinger som oppgir falsk identitet, mens de to andre omhandler iverksetting av vedtak og fremskaffelse av reisedokument.

Departementet er i ferd med å sende på høring forslag om utvidet adgang til frihetsberøvelse av utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. En slik adgang vil, dersom det blir vedtatt, nødvendiggjøre en ny bokstav d i utlendingsloven § 106 første ledd. Vi viser til særskilt høringsbrev om dette.

Direktivets vilkår for fengsling

Direktivet oppstiller to alternative fengslingsvilkår i artikkel 15 (1) (a) og (b). Det første vilkåret er om det foreligger en unndragelsesfare. Det andre vilkåret er om utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av en retur eller selve uttransporteringen. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b omtaler kun tilfeller hvor det er tale om å "unndra seg" iverksettingen av et vedtak. Departementet foreslår å videreføre ordlyden i den norske bestemmelsen.. Direktivet benytter riktignok to ulike vilkår for fengsling i artikkel 15 (1). Fare for unndragelse og tilfeller hvor utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av en retur eller selv uttransporteringen. Ovenfor under kapittel 4.3 foreslår departementet en ny § 106 a som definerer unndragelsesfare. Det foreslås at alternativet i artikkel § 15 (1) (b) inntas som eksempel på tilfeller som skal vektlegges ved vurderingen av om unndragelsesfare foreligger. Den vil således bli en integrert del av den helhetsvurderingen som må foretas ved pågrepelse og fengsling i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b.

Departementet anser for øvrig at det norske regelverket er i samsvar med direktivets artikkel 15 (1).

Perioden for fengslig forvaring

Når det gjelder selve fengslingsperioden må det innføres en tidsbegrensning som følge av direktivet. Fengsling skal i utgangspunktet ikke overstige 6 måneder. Denne første perioden kan i så henseende sammenlignes med 12 ukers fristen som utlendingsloven opererer med. Etter den gamle utlendingslov kunne en utlending imidlertid ikke holdes i fengslig forvaring lenger enn 6 uker i effektueringsøyemed. Det ble imidlertid ansett å være et behov for fengsling ut over både 6 og 12 uker ved iverksetting av vedtak ved vurderingen av ny utlendingslov.¹⁴ Departementet foreslår derfor å videreføre utgangspunktet i utlendingsloven 2008 om at fengsling ikke kan overstige 12 uker med mindre det foreligger særlige grunner. Innenfor direktivets anvendelsesområde må

¹³ Se Årsmelding 2008 for Politiets utlendingsenhet s. 9.

¹⁴ Se Ot.prp. nr 75 (2006-2007) s. 365-366.

”særlig grunner” begrenses til det som fremgår av direktivets unntaksbestemmelse i artikkel 15 (6) a og b. Øvrige forhold som kan begrunne ”særlige grunner” må altså ligge utenfor direktivets anvendelsesområde. Et praktisk eksempel her vil kunne være en utlending som oppholder seg *lovlig* i riket og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Men på direktivets område betyr det at fengsling utover 12 uker kun kan skje dersom det er manglende samarbeid fra utlendingens side, eller forsinkelser i fremskaffelsen av nødvendig dokumentasjon fra et tredjeland.

For å tilfredsstille direktivets krav i denne sammenheng, foreslår departementet å innta som et nytt fjerde ledd i utlendingsloven § 106 en bestemmelse om at Kongen kan gi nærmere regler om innholdet i særlige grunner etter tredje ledd.

Forskriftsbestemmelsen må inneholde en presisering av at ett av direktivets to grunnvilkår i artikkel 15 (6) (a) og (b) må foreligge for å fengsle utover 12 uker innenfor direktivets anvendelsesområde.

Når det gjelder selve vurderingen av om utlendingen samarbeider, må det foretas en totalvurdering av utlendingens samlede handlingsmønster. Typiske tilfeller vil være hvor utlendinger ikke samarbeider med politiet i dets bestrebelser på å få gjennomført en retur. Særlig vil dette gjelde fremskaffelse av reisedokumenter, kartlegging av korrekt identitet og øvrig informasjon av verdi for politiet. Som nevnt ovenfor vil imidlertid departementet komme tilbake til det nærmere innholdet i forbindelse med forskriftsendringene.

Videre må det innføres en absolutt grense for fengsling som følge av direktivets artikkel 15 (6). Departementet foreslår å sette denne til 18 måneder, i tråd med direktivets bestemmelse. Det foreslås derfor å tilføye i § 106 tredje ledd at fengsling uansett ikke kan overstige 18 måneder. Det er imidlertid anledning til å åpne for fengsling utover 18 måneder i tilfeller som ikke faller innenfor direktivets anvendelsesområde. Dette åpner blant annet for å fengsle utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Begrensningen på 18 måneder gjelder heller ikke for utlendinger som oppholder seg lovlig i riket, da direktivet kun omfatter tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i Norge.

Departementet anser det som hensiktsmessig å benytte muligheten til utvidet fengsling i de to nevnte tilfellene. Det foreslås derfor en presisering i lovbestemmelsen om at fengsling 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*. Arbeidet med å avklare utlendingens identitet for å sikre iverksetting av vedtak kan være både tidkrevende og møysommelig. Ofte vil det være mangel på samarbeid fra utlendingens side som fører til at identifiseringsarbeidet tar lang tid. Departementet ønsker således i størst mulig grad å videreføre fengslingsbestemmelsen i utlendingsloven og foreslår derfor at begrensningen på 18 måneder ikke gjelder for utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon.

Når det gjelder referansen til lovlig opphold, inntas denne for å sikre en potensielt lengre fengslingsperiode for utlendinger som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Denne gruppen omfattes av direktivet dersom de oppholder seg ulovlig i riket og skal returneres. Men det kan oppstå et behov for fengsling også imens utlendingsmyndighetene og eventuelt domstolene, avgjør søknad om oppholdstillatelse, eller sak om utvisning. Det vil da være anledning til å fengsle utlendingen i denne perioden mens vedkommende har lovlig opphold, uten at tidsfristen på 18 måneder starter å løpe. Begrensningen på 18 måneder vil først inntreffe 18 måneder etter at vedkommende påbegynte det ulovlige oppholdet. På denne måten begrenses direktivets anvendelsesområde.

Departementet ønsker å fremheve at utgangspunktet fremdeles vil være at fengsling som hovedregel ikke kan overstige 12 uker. Dersom det foreligger særlige grunner, kan utlendinger som fengsles som ledd i en returprosess uansett ikke fengsles mer enn 18 måneder. Mens utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon, eller som har lovlig opphold i riket og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, ikke omfattes av 18-månedersregelen.

Rene identitetsfengslinger

Fengsling i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a er et viktig virkemiddel for å bringe klarhet i en utlendings identitet. Behovet for å klarlegge korrekt identitet er todelt. For det første er det sikkerhetsmessig avgjørende for norske myndigheter å vite hvilke personer som oppholder seg i Norge. For det andre har identitetsfengslinger en klar side mot iverksetting av vedtak. Ofte vil kjent identitet være en forutsetning for å kunne returnere utlendinger. Og motivene for å fengsle kan nok i mange tilfeller både omfatte effektueringshensyn og behovet for å klarlegge identitet.

Spørsmålet som melder seg er således om fengsling i medhold av utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a må anses å ligge innenfor direktivets anvendelsesområde.

Departementet mener at direktivet som utgangspunkt ikke kommer til anvendelse på identitetsfengslinger når fengslingen ikke gjøres for å forberede og/eller gjennomføre en retur. Det avgjørende i denne sammenheng må være at utlendingen som fengsles ikke er i en prosess som naturlig ender med en uttransport. Det kan for eksempel dreie seg om fengsling av en utlending med oppholdstillatelse som har oppgitt ulike identiteter til norske myndigheter. Det er først og fremst andre hensyn som gjør seg gjeldende i forbindelse med fengsling i slike saker. Utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a retter seg mot falsk identitet som sådan og ikke direkte mot ulovlig opphold og retur.

Det må imidlertid presiseres at det å ikke bidra til å klarlegge korrekt identitet når en utlending oppholder seg ulovlig i Norge og skal returneres, rammes av direktivet artikkel 15 (1) (b).

Den praktiske konsekvensen av at identitetsfengslinger omfattes av direktivet, vil være at den absolutte tidsbegrensningen på 18 måneder også vil gjelde for slik fengsling. Verken utlendingsloven 1988 eller utlendingsloven 2008 opererer med en absolutt tidsbegrensning ved identitetstvil. En eventuell mellomløsning vil være å presisere i loven at identitetsfengslinger i medhold av § 106 første ledd bokstav a, *som ikke er som ledd i forberedelsen av en retur*, går klar av tidsbegrensningen på 18 måneder.

Departementet er imidlertid i tvil om det rent faktisk vil være et praktisk behov for å sondre mellom "rene" identitetsfengslinger og identitetsfengslinger som ledd i forberedelsen av en retur. Følgelig er dette heller ikke foreslått inntatt i forslaget til nytt tredje ledd.

Departementet ber imidlertid om at de berørte høringsinstansene i denne sammenheng synliggjør et slikt eventuelt behov i sine høringssvar.

Det vil i så fall vurderes å innta følgende i ny § 106 tredje ledd følgende: *Fengsling for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen kan uansett ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist for et straffbart forhold eller oppholder seg lovlig i riket og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.*

Departementet anser for øvrig at det foreligger rettsharmoni mellom hjemmelsgrunnlaget for å fengsle utlendinger uten lovlig opphold i Norge og direktivets bestemmelser.

Forslag til ny § 106 tredje og fjerde ledd:

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. *Fengsling kan uansett ikke 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.*

Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses å være særlige grunner etter tredje ledd.

4.15. Fengslingsomstendigheter – Artikkel 16 (1)

4.15.1. Direktivets krav

Fengsling etter direktivet skal som hovedregel skje i egne fengslingsfasiliteter. Dersom dette ikke lar seg gjøre, og forvaringen er i et ordinært fengsel, skal tredjelandsborgeren være adskilt fra vanlige innsatte.

4.15.2. Norsk rett

Utlendingsloven § 107 slår fast at utlendinger som pågripes og fengsles som hovedregel skal anbringes i utlendingsinternat. Unntak fra hovedregelen er ikke nærmere avgrenset.

4.15.3. Departementets vurdering

Hensynet bak direktivets 16 (1) har tilsvarende gyldighet i Norge. Personer som fengsles i medhold av utlendingsloven er ikke underlagt forvaring som følge av en straffbar handling. Det er således rett og rimelig at fengslingsoppholdet skjer i et eget utlendingsinternat, med en klar adskillelse fra innsatte i ordinære fengsler.

En restriktiv fortolkning av direktivet kan etterlate et inntrykk av at dersom den norske hovedregelen om plassering på utlendingsinternat fravikes, så skal utlendingen under enhver omstendighet holdes adskilt fra innsatte i ordinære fengsler. Departementet mener en slik bokstavtro fortolkning ikke må legges til grunn.

Norge har ett utlendingsinternat, Politiets utlendingsinternat på Trandum. Dersom regelen skal håndheves vil det måtte medføre en vesentlig ombygging av landets fengsler. Pågrepelse skjer ofte i distriktene og overføring kan i enkelte sammenhenger ta noe tid, eller være uhensiktsmessig.

Bestemmelsen må fortolkes i lys av direktivets formål. Da Norge tok tolkningen av denne bestemmelsen opp med Kommisjonen 8. mai 2009¹⁵, ble det gitt uttrykk for at det sentrale er at de som skal returneres ikke settes sammen med tunge kriminelle. Departementet mener derfor at norsk lov er i samsvar med direktivets bestemmelse.

4.16. De øvrige fengslingsbestemmelser – Artikkel 16 og 17

Forholdene ved fengsling er nærmere omtalt i direktivet artikkel 16 og 17. Artikkel 16 sikrer sentrale rettigheter under selve fengslingsoppholdet. Artikkel 17 omhandler fengsling og forholdene ved fengsling av mindreårige.

Det er i senere år foretatt en vesentlig endring av det norske regelverket knyttet til selve forholdene under fengsling. Dette resulterte i en ny bestemmelse i den gamle utlendingslov § 37d. Denne er i sin helhet videreført i utlendingsloven 2008 § 107. I forbindelse med utarbeidelsen av utlendingsloven § 37d ble det også utarbeidet en egen forskrift for utlendingsinternatet, forskrift om Politiets utlendingsinternat (utlendingsinternatforskriften). Det følger av utlendingsinternatforskriften § 2 at det skal tas særskilt hensyn til spesielle behov hos barn og barnefamilier. I tillegg er det nedfelt at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle beslutninger og handlinger som berører barn som oppholder seg på internatet. Det er således en egen avdeling for barn og barnefamilier ved Politiets utlendingsinternat.

Det norske regelverket på dette området har således nylig vært gjenstand for en bred endringsprosess. Departementet mener at dagens norske regler er i samsvar med direktivet. Det går derfor ikke noe nærmere inn på dette her.

¹⁵ Møte i Brussel i Contact Committee "Return Directive" mellom Kommisjonen og medlemslandene. Det var også et tilsvarende møte den 18. september 2009.

Hovedbestemmelsen som regulerer fengslingsadgangen i norsk rett ved retur er utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b. Denne sonderer ikke mellom barn og voksne. Straffeprosessloven § 174 gjelder også ved fengsling i medhold av utlendingsloven og innskrenker muligheten til å pågripe barn under 18 år til tilfeller hvor det er særlig påkrevd. I tillegg vil fengsling av barn raskt kunne innebære et uforholdsmessig inngrep etter utlendingsloven § 99.

Departementet er således av den oppfatning at direktivet artikkel 16 og 17 er tilstrekkelig ivaretatt i norsk regelverk.

4.17. Nødssituasjoner og avsluttende bestemmelser – Artikkel 18-23

4.17.1. Nødssituasjoner

Artikkel 18 åpner for å lage unntaksbestemmelser i forbindelse med fengsling hvor uvanlig mange utlendinger skal returneres. Det foreligger ingen adgang til å fravike viktige rettsikkerhetsgarantier ved fengsling i norsk rett under noen omstendigheter. Departementets vurdering er at det heller ikke er et behov i for å opprette en slik unntaksbestemmelse.

4.17.2. Avsluttende bestemmelser

Direktivets siste kapittel omhandler rapportering fra Kommisjonen til Europaparlamentet og Rådet om anvendelsen av direktivet i medlemsstatene.

Når det gjelder gjennomføringsfristen for direktivet, vises det til kapittel 2.3 hvor dette drøftes nærmere.

I relasjon til Schengen-konvensjonen, så erstattes artikkel 23 og 24 av direktivet i sin helhet. Schengen-konvensjonen artikkel 23 omhandler bortvisning fra Schengen territoriet, dersom en utlending ikke forlater det frivillig. Artikkel 24 åpner for at konvensjonspartene kan foreta innbyrdes utjevning av økonomiske skjevheter som bortvisningsplikten kan medføre.

Ikrafttredelsestidspunktet for direktivet er den tjuende dagen etter publiseringen i *Official Journal of the European Union*. Returdirektivet ble offentliggjort i *Official Journal* 24. desember 2008.

5. ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER

5.1. Innledning

Direktivet innebærer at det etableres en felles returpolitikk for Schengen-landene. Dette medfører noen endringer sett opp mot dagens norske returordning. Disse endringene vil medføre administrative og økonomiske konsekvenser for Justis- og politidepartementet med underliggende etater.

Norge har allerede i dag et regelverk med gode rettsikkerhetsgarantier i forbindelse med retur. Det samme gjelder ved frihetsberøvelse, både i forbindelse med adgangen til å fengsle og under selve fengselsoppholdet. Kostnadene med å implementere direktivet vil derfor kunne være lavere for Norge enn for enkelte andre europeiske land.

Det sentrale i vurderingen av økonomiske og administrative konsekvenser er å identifisere bestemmelser i direktivet som endrer rettstilstanden i norsk rett og som samtidig medfører økonomiske konsekvenser. De ulike områdene som medfører økte utgifter vil bli omtalt i det følgende.

5.2. Økt bruk av utvisningsinstituttet

5.2.1. Innledning

Direktivet regulerer utvisning av personer som oppholder seg ulovlig i Norge. Som nevnt ovenfor i kapittel 4.11, vil direktivet føre til en strengere utvisningspraksis. Dette medfører at det vil bli fattet flere utvisningsvedtak.

Det må anslås hvor mange flere utvisningsvedtak som vil treffes som følge av returdirektivet. En farbar vei er å ta utgangspunkt i antall utlendinger *uten utvisningsvedtak* som ble uttransportert av politiet i en viss periode. Når politiet går til det skritt å uttransportere, innebærer det i de aller fleste tilfeller at vedkommende utlending også oppholder seg her ulovlig og ikke har overholdt utreisefristen ved å reise frivillig. Denne gruppen *skal* etter direktivet utvises, som følge av at de ikke har overholdt utreisefristen. Tall for de første ni månedene i 2009, viser at 423 utlendinger uten innreiseforbud, men med et asylavslag ble uttransportert av politiet. En omregning til å gjelde hele året vil innebære at tallet blir rundt 600. I tillegg kommer utlendinger som uttransporteres uten innreiseforbud med andre typer avslagsvedtak. Bortvisning er her den store gruppen. I 2008 ble det uttransportert 401 bortviste utlendinger som ikke var utvist. 95 av disse ble bortvist etter innreise. De øvrige er bortvist ved innreise og omfattes ikke av direktivets anvendelsesområde. I tillegg kommer øvrige oppholdssaker, som til sammen utgjør om lag 50 saker. Det legges derfor til grunn ved beregningen av de økonomiske og administrative konsekvensene at Norge vil fatte ca. 750 flere vedtak om utvisning i året som følge av direktivet.

Det kan i denne sammenheng vises til at det i 2008 kom 14 431 asylsøkere til Norge. Prognosene som ligger til grunn for Prop. 1 S (2009-2010) tilsier at det vil komme om lag 18 500 asylsøkere både i 2009 og 2010, men det hefter betydelig usikkerhet til anslaget. I og med at asylsøkergruppen utgjør den alt vesentligste del av de 750 sakene, kan det tenkes at det vil måtte fattes enda flere utvisningsvedtak enn det ovenfor anslatte, som følge av returdirektivet. På den annen side vil det måtte forventes en preventiv effekt av at det opprettes en streng utvisningspraksis i hele Schengen-området. Denne effekten kan føre til at flere velger å reise frivillig.

Det er derfor knyttet usikkerhet til hva de faktiske tallene vil bli i fremtiden, da et

regnestykke vil måtte basere seg på ulike dynamiske variabler. Departementet tar dermed utgangspunkt i at det årlig vil måtte fattes om lag 750 flere vedtak om utvisning.

5.2.2. Utgifter til UDI, UNE og rettshjelpsområdet

Når det gjelder de konkrete utgiftene som omtales nedenfor, er disse innhentet og utformet i samarbeid med Politidirektoratet, Politiets utlendingsenhet og Utlendingsdirektoratet.

Utlendingsdirektoratet fatter vedtak om utvisning i første instans. Med en økt saksmengde på 750 saker, vil merutgiften for UDI være 8,3 mill. kroner.

Statistikk for 2008 viser at rundt 50 % påklager vedtaket om utvisning for brudd på utlendingsloven. Dette innebærer en økt saksmengde for UNE på 375 saker, som vil koste 3,9 mill. kroner. Sakene vil hovedsakelig være kurante i utvisningssammenheng og vil kunne behandles av nemndleder alene.

Innenfor fri rettshjelp og tolking, vil det også følge økte utgifter i denne sammenheng. Utlendinger som utvises på dette grunnlag har krav på fri rettshjelp og utgiftene til dette vil, med en økt saksmengde på 750 saker, øke med 2,8 mill. kroner årlig. Endelig vil det være tolkeutgifter i forbindelse med fri rettshjelp i UDI og UNE på kr 2 500 pr. sak, til sammen 2,85 mill. kroner pr. år.

Til sammen vil den økte bruken av utvisningsinstituttet medføre årlige merutgifter på 12,2 mill. kroner knyttet til saksbehandling og 5,7 mill. kroner til fri rettshjelp og tolk.

5.2.3. Utgifter til politiet

Politiet vil få økt arbeidsmengde som følge av oppgaven som forberedende organ i utvisningssaker.

Ved en økning i saksmengden på 750 saker, anslår departementet at dette vil innebære en økning på om lag 2,2 mill. kroner i politiets utgifter.

5.3. Kontrollsystem

Artikkel 8 (6) stiller krav om at statene skal ha et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer, et såkalt "*monitoring system*". Systemet er ikke nærmere beskrevet og landene har ingen felles fortolkning og det er uklart hvilke utgifter det kan dreie seg om, da landene ennå ikke har en felles forståelse av rekkevidden av bestemmelsen.

Norge ga i møte med Kommisjonen 8. mai 2009 uttrykk for at man ikke kunne innfortolke at direktivet oppstiller krav om overvåking av hver enkelt retur, noe enkelte land hevdet. Direktivets krav til overvåkingssystem må heller forstås som en mer generell "overvåking" av det enkelte lands retursystem som sådant, det vil si regelverk,

organisering, opplæring etc. Det ble også vist til vårt nåværende system for tilsyn med returer, som inkluderer overordnet tilsyn fra Sjefen for PU, Tilsynsrådet for Trandum utlendingsinternat, Sivilombudsmannen og Spesialenheten for politisaker.

Det legges derfor til grunn at det generelle norske kontrollsystemet i all hovedsak vil kunne videreføres. Som følge av at det foreligger en viss usikkerhet knyttet til rekkevidden av bestemmelsen blant medlemslandene, kan det være at bestemmelsen innebærer enkelte økte utgifter. Utgiftene anslås til om lag kr 400 000.

Det kan i denne sammenheng også påpekes at EU for tiden har en studie av praksis og lovgivning knyttet til kontrollsystemene i medlemslandene. Studien er et fellesskapstiltak innenfor returfondet. Det ligger også i mandatet at studien skal bidra til å hjelpe medlemslandene til å gjennomføre returdirektivets artikkel 8 (6) i intern rett. Studien skal være ferdig innen utgangen av 2010. Det materielle innholdet i bestemmelsen vil da trolig bli klarere.

5.4. Konklusjon

Basert på de ovennevnte utgiftene vil det måtte påregnes en årlig merutgift på 12,2 mill. kroner til økt saksbehandling for UDI og UNE, 5,7 mill. kroner til fri rettshjelp og tolk, 2,2 mill. kroner til politiet som saksforberedende organ, samt kr 400 000 til et kontrollsystem. Til sammen 20,5 mill. kroner.

6. FORSLAG TIL ENDRINGER I LOV 15. MAI 2008 NR. 35 OM UTLENDINGERS ADGANG TIL RIKET OG DERES OPPHOLD HER (UTLENDINGSLOVEN)

Ny § 66 første ledd skal lyde: Utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse

En utlending uten oppholdstillatelse skal utvises:

- a) når utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefristen gitt i medhold av § 90 sjette ledd,*
- b) når utlendingen ikke er gitt en frist for frivillig retur i medhold av § 90 sjette ledd fordi det er fare for unndragelse, jf. § 106a, eller fordi en søknad er avslått som åpenbart grunnløs, eller fordi utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser.*

Ny § 71 annet ledd skal lyde:

Utvisningen er til hinder for senere innreise i riket. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset. *Innreiseforbud gitt i medhold av § 66 første ledd og annet ledd*

bokstav a og d kan ikke gis for mer enn fem år, med mindre utlendingen utgjør en alvorlig trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Innreiseforbudet kan etter søknad oppheves dersom nye omstendigheter tilsier det. Dersom særskilte omstendigheter foreligger, kan den som er utvist, etter søknad få adgang til riket for kortvarig besøk selv om innreiseforbudet ikke oppheves, men som regel ikke før to år er gått fra utreisen.

Ny § 90 sjette, sjuende og åttende ledd skal lyde:

Vedtak som innebærer at en utlending må forlate riket, iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise innen en fastsatt frist. Fristen skal settes til mellom sju og tretti dager. Dersom det anses nødvendig, kan det settes en lengre frist. Det kan unnlates å gi en frist for frivillig retur når

- a) det er fare for unndragelse, jf. § 106 a,*
- b) en søknad er avslått som åpenbart grunnløs,*
- c) utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser,*
- d) utlendingen omfattes av § 32 første ledd bokstav b,*
- e) utlendingen bortvises ved yttergrensen, eller*
- f) utlendingen utvises etter §§ 66 annet ledd bokstav b, c eller e, 67 eller 68.*

Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt, kan politiet føre utlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Retur av enslig mindreårig skal bare skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et forsvarlig omsorgstilbud. Utlendinger som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette. Beslutninger som gjelder iverksetting, regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.

Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses å være et forsvarlig omsorgstilbud.

Ny § 106 tredje og fjerde ledd skal lyde:

Samlet fengslingstid kan ikke overstige 12 uker, med mindre det foreligger særlige grunner. Fengsling kan uansett ikke 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.

Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses å være særlige grunner etter tredje ledd.

Ny § 106 a skal lyde: *Fare for unndragelse*

Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfelle. For å avgjøre om det foreligger unndragelsesfare skal det foretas en totalvurdering hvor det blant annet kan legges vekt på om

- a) utlendingen har unndratt seg, herunder ikke overholdt en utreisefrist,*
- b) utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig,*
- c) utlendingen er utvist fra riket,*
- d) utlendingen er ilagt straff eller særreaksjon i riket,*
- e) utlendingen har vist manglende samarbeid ved identitetsvil,*
- f) utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen til returen eller uttransporteringen,*
- g) utlendingen har gitt uriktige opplysninger til norske myndigheter ved søknad om tillatelse,*
- h) utlendingen har unnlatt å gi melding om endring av bopel, jf. § 19 annet ledd, eller,*
- i) utlendingen utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.*