

Delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda

Fra utvalget som skal vurdere organiseringen av
klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet

Avgitt til Justis- og politidepartementet 26. mars 2010

Til Justis- og politidepartementet

Utvalget som skal vurdere organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet ble oppnevnt ved kongelig resolusjon av 19. juni 2009. Utvalget er bedt om å forsere arbeidet vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet, jf. første og tredje strekpunkt i mandatets punkt 14.

Utvalget legger med dette frem sin delutredning om utvidet instruksjonsmyndighet over Utlendingsnemnda.

Oslo, 26. mars 2010

Øystein Mæland
Leder

Tom Christensen

Kristin Ørmen Johnsen

Fauzia Mohamed Hashi

Ørnulf Røhnebæk

Siv Torunn Skagestad

Steinulf Tunesvik

Geir Helgeland
Sissel Leganger

Innhold

1.	Innledning	5
1.1	Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid	5
1.2	Bestilling av delutredning	8
1.3	Delutredningens forhold til hovedmandatet	9
1.4	Sammendrag	10
2.	Fire sentrale hensyn	12
2.1	Politisk styring	12
2.2	Rettsikkerhet	13
2.3	Effektivitet	14
2.4	Legitimitet	15
2.5	Forholdet mellom de fire hensynene	16
3.	Generelt om styring og instruksjonsmyndighet i det norske samfunnet	19
3.1	Innledning	19
3.2	Historisk utvikling	19
3.2.1	Et historisk riss av direktoratsordningen	19
3.2.2	Moderne forvaltningspolitisk utvikling	20
3.3	Enkelte generelle utgangspunkter	22
3.3.1	Generelt om styringsvirkemidlene	22
3.3.2	Det hierarkiske systemet	22
3.3.3	Forskrift og instruks	23
3.4	Generelle vurderinger av instruksjonsmyndighet og styring i utredningen fra Ingvaldsenutvalget og i tilsynsmeldingen	24
3.5	Instruksjonsforhold på enkelte andre forvaltningsområder	27
3.5.1	Generelt	27
3.5.2	Arbeids- og velferdsetaten	28
3.5.3	Arbeidstilsynet	29
3.5.4	Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker	29
3.5.5	Helsesektoren	30
3.5.6	Særlig om fylkesmannens rolle som klageinstans for kommunale vedtak	31
3.5.7	Familiesaker	32
3.5.8	Skattesaker	32
3.5.9	Oppsummering	33
4.	Bakgrunn	35
4.1	Tidligere vurderinger av instruksjonsmyndigheten på utlendingsfeltet	35
4.1.1	Opprettelsen av direktorat som førsteinstans – departementet klageinstans	35
4.1.2	Forslag om opprettelse av klagenemnd	37
4.1.3	Særlig om departementets instruksjonsmyndighet	38
4.1.4	Ny behandling i Stortinget – opprettelsen av UNE	40
4.1.5	Endringer i styringsforholdene fra 2005	42
4.1.6	Graver-kommisjonen	47
4.1.7	Ny utlendingslov	49
4.2	Gjeldende rett	51
4.2.1	Innledning	51
4.2.2	Departementets instruksjonsmyndighet overfor UDI, politiet og utenriksstasjonene mv.	52
4.2.3	Departementets instruksjonsmyndighet overfor UNE	53
4.2.4	Særlig om departementets styring av saksbehandlingen	55
4.2.5	Saker knyttet til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn og overføringsflyktninger	55
4.2.6	Styringsforholdet mellom UNE og UDI	56
4.2.7	Overprøving av positive vedtak i UDI eller UNE	56
4.3	Dagens klagebehandling i UNE – herunder avgjørelsesform og graden av forvaltningsskjønn i de enkelte sakstypene	57
4.3.1	Innledning	57
4.3.2	Oversikt over dagens klagebehandling etter utlendingsloven og statsborgerloven	57
4.3.3	Nærmere om klagesaksbehandlingen i UNE	58
4.3.4	Lovbundne vedtak og fritt forvaltningsskjønn	60
4.4	Dagens praktisering av instruksjonsmyndighet i forhold til saker etter utlendingsloven og statsborgerloven	62
4.4.1	Innledning	62

4.4.2	Departementets instruksjoner etter utlendingsloven og statsborgerloven	63
4.4.3	Synspunkter på dagens styringsforhold fra berørte instanser	66
4.5	Andre land – instruksjonsmyndighet på utlendingsfeltet.....	67
4.5.1	Innledning	67
4.5.2	Sverige	67
4.5.3	Danmark.....	68
4.6	Norges internasjonale forpliktelser.....	69
4.6.1	Generelt om de internasjonale forpliktelsene på utlendingsfeltet.....	69
4.6.2	Menneskerettighetskonvensjonene.....	70
4.6.3	EU-regelverket	71
5.	Utvalgets vurdering av departementets instruksjonsmyndighet.....	74
5.1	Innledning.....	74
5.2	Mulige alternativer for departementets instruksjonsmyndighet.....	74
5.3	Utvalgets vurderinger	75
5.3.1	Generell bakgrunn.....	75
5.3.2	Hensynet til politisk styring	77
5.3.4	Særlig om økonomisk effektivitet	80
5.3.5	Hensynet til rettsikkerhet og legitimitet.....	81
5.3.6	Oppsummering og konklusjon	83
5.3.7	Nærmere om avgrensningen i forhold til asylsaker.....	86
6.	Utvalgets vurdering av om departementet eller regjeringen skal forelegges prinsipielle enkeltsaker	88
6.1	Innledning.....	88
6.2	Bakgrunn	89
6.3	Ulike modeller	89
6.4	Utvalgets vurderinger og konklusjon.....	91
7.	Økonomiske og administrative konsekvenser	92
8.	Lovforslag og merknader til de enkelte paragrafene	93
8.1	Lovforslag.....	93
8.2	Merknader til de enkelte paragrafene	94

1. Innledning

1.1 Utvalgets mandat, sammensetning og arbeid

Regjeringen oppnevnte ved kgl. res. 19. juni 2009 et utvalg som skal vurdere organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet, *Klagesaksutvalget*.

Utvalget fikk følgende mandat:

Bakgrunn

1. Til og med år 2000 var Justisdepartementet klageinstans for utlendingssakene. Departementet kunne da øve innflytelse på praksis gjennom både regelverksstyring, instruksjer til Utlendingsdirektoratet (UDI) og gjennom avgjørelse av enkeltsaker.

2. Dagens klageorgan, Utlendingsnemnda (UNE), ble opprettet som et uavhengig klageorgan fra 1. januar 2001. De viktigste hensynene bak dette var at:

- Klagesakene skulle legges ut av departementet slik at politisk ledelse og departementet kunne konsentrere seg om generelle politikkspørsmål.*
- Et uavhengig domstolsliknende organ ville i større grad ivareta hensynet til rettssikkerhet og likebehandling.*
- En uavhengig nemnd med legmannsrepresentasjon ville øke vedtakenes legitimitet og derved også tilliten til utlendingsforvaltningen*

3. I perioden oktober 2001 – mars 2003 ble det på oppdrag av Kommunal- og regionaldepartementet foretatt en evaluering av UNE. Evalueringen ga et overveiende positivt bilde av UNE, både hva gjelder omdømme, åpenhetskultur, produksjon og grundighet i saksbehandlingen. Helhetsinntrykket fra de sakene som ble gjennomgått var at ”avgjørelsene gjennomgående synes truffet på grunnlag av en grundig, samvittighetsfull og forsvarlig saksbehandling innenfor de rammer som er trukket opp av lov, reglement og interne retningslinjer”.

Evalueringen inneholdt imidlertid også kritiske merknader, blant annet knyttet til praksis når det gjaldt partsinnsyn og uttalerett. Det ble også påpekt at mange opplevde UNEs praksis som lite konsistent, og det ble foreslått å opprette en ”stornemnd” til behandling av presedenssaker.

4. På grunn av behovet for å sikre bedre samsvar mellom regjeringens politiske vurderinger og praksis på feltet, ble det gjennomført endringer i utlendingsloven og -forskriften i 2005:

- Departementet fikk adgang til å gi generelle instruksjer til UDI om lovtolkning og skjønnsutøvelse.*

- *Samtidig ble det opprettet en stornemnd i UNE, bl.a. for å fatte prinsippvedtak i saker av stor betydning for utviklingen av praksis.*
- *Departementet fikk adgang til å bringe UDIs positive vedtak inn for UNEs stornemnd. Finner stornemnda at vedtaket er ugyldig, skal saken sendes tilbake til UDI for ny behandling. Finner stornemnda at UDIs vedtak er gyldig, kan det ikke endres, men stornemnda kan avgi prinsipputtalelser, som har betydning for lignende saker i fremtiden.*
- *Departementet fikk adgang til å bringe UDIs negative vedtak inn for stornemndbehandling, dersom det gjelder saker av prinsipiell betydning, saker med store samfunnsmessige eller økonomiske konsekvenser eller på områder med tendens til ulik praksis.*
- *Departementet fikk adgang til å beslutte at gyldigheten av UNEs positive vedtak skal kunne overprøves av domstolene.*
- *Kongen i statsråd ble klageinstans i saker hvor departementet har instruert UDI av hensyn til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn.*

5. Graver-kommisjonen drøftet i sin granskningsrapport (NOU 2006:14) om departementet også burde ha anledning til å instruere UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse. Mens kommisjonen mente at man burde holde fast ved gjeldende ordning når det gjelder lovtolkningsspørsmål, fant kommisjonen at det var klare argumenter som talte for en større instruksjonsmyndighet når det gjelder skjønnsutøvelsen.

6. Regjeringen ønsker en ny helhetlig vurdering av organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet.

Hva utvalget skal vurdere

7. Utvalget skal vurdere hvordan klagesaksbehandlingen i utlendingsforvaltningen bør organiseres for best å ivareta følgende sentrale hensyn:

- *Muligheten for politisk styring*
- *Rettsikkerhet*
- *Rask og effektiv saksbehandling*
- *Legitimitet*

Hvert av disse hensynene skal i utgangspunktet anses å ha like stor betydning.

8. Utvalget skal særlig ta hensyn til at mange av de vurderinger som foretas i saksbehandlingen gjelder innvandringspolitiske avveininger og prinsipielle spørsmål som har betydning for omfanget av innvandringen. Utvalget skal vurdere muligheten for endringer som gir styrket politisk styring og derved bidrar til mer demokratisk legitimitet.

9. Utvalget skal i tillegg til å ivareta rettsikkerheten for den enkelte utlending, også legge vekt på at organiseringen i størst mulig grad må ivareta hensynet til likebehandling.

10. Utvalget skal både se på tids- og ressursbruk hos det organet som skal behandle klagesakene, og på hvilken betydning organiseringen har for andre etater med hensyn til forberedelse og oppfølging av klageorganets vedtak. Utvalget skal ta hensyn til behovet for å kunne velge ulike saksbehandlingsprosedyrer ut fra ulike sakers innhold og karakter.

11. Utvalget skal se på muligheten for å redusere dagens ressursbruk knyttet til behandling av omgjøringsanmodninger, enten ved at slike saker kan begrenses eller ved at de kan undergis en mer effektiv håndtering.

12. Feltet er ressurskrevende, hvilket tilsier behov for god administrativ styring og tydelige prioriteringer. Organiseringen av klagesaksbehandlingen må sikre at styringen sees i et helhetlig perspektiv. De forslag som fremmes til organiseringen av klagesaksbehandlingen og håndteringen av omgjøringsanmodninger, må harmonisere med organiseringen av de øvrige deler av utlendingsforvaltningen.

13. Utvalget skal avveie de ulike hensyn som er nevnt i pkt. 7-12 over, og komme med forslag til hvordan klagesaksbehandlingen best bør organiseres. Utvalget står herunder fritt til å foreslå ulik organisering av klagesaksbehandlingen for ulike sakstyper.

14. Uavhengig av om utvalget velger å foreslå videreføring av dagens klagesaksmodell eller ikke, bes utvalget særlig vurdere om

- departementet skal kunne gi generelle instruksjoner til klageinstansen om behandlingen av enkeltsaker, jf. dagens adgang til å gi slike generelle instruksjoner til UDI
- det er grunnlag for en annen organisering av lekmannsrepresentasjonen i klageinstansen, jf. adv. Henning Harborgs gjennomgang av praksis i UNE når det gjelder valg av avgjørelsesform i asylsaker (utredning av 10. juni 2008).
- det er grunnlag for en ordning som tillater at departementet eller regjeringen kan forelegges prinsipielle enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse
- UDI skal gis en mer partsliknende rolle i sakførselen for klageinstansen, herunder om UDI kan overta hele eller deler av de oppgavene som sekretariatet i UNE har i dag
- Organisering av stornemnda er den mest hensiktsmessige sett i forhold til de sentrale hensyn som nevnt under punkt 7.

15. Utvalget bistås av et sekretariat med to ansatte på heltid. Utvalget kan også, etter nærmere avtale med Arbeids- og inkluderingsdepartementet, engasjere sakkyndig hjelp til utredningsarbeid.

16. Utvalget bør innhente informasjon om hvordan styringsforholdene, herunder klagesaksbehandlingen, på utlendingsfeltet er organisert i andre land, og vurdere hvorvidt det bør benyttes momenter fra dette materialet i det videre arbeidet med styringsforholdene i Norge.

17. Utvalget skal holde seg orientert om øvrig pågående utviklingsarbeid i utlendingsforvaltningen.

18. Utvalget må utrede økonomiske, administrative og andre vesentlige konsekvenser av forslagene. Ett forslag skal baseres på redusert ressursbruk. Utvalget skal også utrede lovgivningsmessige konsekvenser av forslagene som fremmes.

19. Utvalgets arbeid skal resultere i en NOU, som skal legges frem for Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

20. Utvalget skal ha slutført sitt arbeid innen 1. desember 2010. Utvalget kan ta opp spørsmål om tolking eller avgrensing av mandatet med Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Regjeringen oppnevnte følgende medlemmer til utvalget:

Øystein Mæland (utvalgsleder), divisjonsdirektør, Oslo

Tom Christensen, professor, Oslo

Fauzia Mohamed Hashi, mangfoldskonsulent og nestleder, Vegårdshei

Siv Torunn Skagestad, fylkesnemndleder, Søgne

Ørnulf Røhnebæk, lagdommer, Hamar

Steinulf Tungesvik, advokat, Bergen

Kristin Ørmen Johnsen, rektor, Drammen

Utvalget bistås av et sekretariat knyttet til Justis- og politidepartementet (frem til 1. januar 2010 Arbeids- og inkluderingsdepartementet). Sekretariatet består av prosjektleder Geir Helgeland (sekretariatsleder) og seniorrådgiver Sissel Leganger.

I november 2009 gjennomførte utvalget en studietur til Sverige og Danmark. Utvalget hadde i Sverige møter med representanter fra Justitiedepartementet, Migrationsdomstolen og Migrationsöverdomstolen. I Danmark møtte utvalget representanter fra Integrationsministeriet og Flygtningenævnet.

Utvalget har hatt møter med Utlendingsdirektoratet (UDI), Utlendingsnemnda (UNE), Politiets utlendingsenhet (PU), Advokatforeningen og Norsk Organisasjon for Asylsøkere (NOAS). Utvalget har så langt hatt totalt syv møter.

1.2 Bestilling av delutredning

I brev fra Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID) av 13. oktober 2009 ble utvalget bedt om å avgi en delutredning vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet:

Det vises til flertallsregjeringens politiske plattform for regjeringens videre arbeid i perioden 2009 – 2013, avgitt 7. oktober 2009.

Av plattformens kapittel 17, Innvandring og integrering, fremgår det at regjeringen, med bakgrunn i anbefalingene fra utvalget, vil vurdere hvordan klagesaksbehandlingen bør organiseres for best å ivareta muligheten for politisk styring, rettsikkerhet, effektiv

saksbehandling, samt legitimitet. Og videre: ”Regjeringen vil be utvalget om å forsere arbeidet med en del-utredning vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet”.

Utvalgets mandat ble fastsatt ved kongelig resolusjon 19. juni d.å. I mandatets punkt 14 heter det:

”Uavhengig av om utvalget velger å foreslå videreføring av dagens klagesaksmodell eller ikke, bes utvalget særlig vurdere om

- *departementet skal kunne gi generelle instruksjoner til klageinstansen om behandlingen av enkeltsaker, jf. dagens adgang til å gi slike generelle instruksjoner til UDI*
- *det er grunnlag for en annen organisering av lekmannsrepresentasjonen i klageinstansen, jf. adv. Henning Harborgs gjennomgang av praksis i UNE når det gjelder valg av avgjørelsesform i asylsaker (utredning av 10. juni 2008)*
- *det er grunnlag for en ordning som tillater at departementet eller regjeringen kan forelegges prinsipielle enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse*
- *UDI skal gis en mer partslignende rolle i sakførselen for klageinstansen, herunder om UDI kan overta hele eller deler av de oppgavene som sekretariatet i UNE har i dag*
- *Organisering av stornemnda er den mest hensiktsmessige sett i forhold til de sentrale hensyn som nevnt under punkt 7.”*

Utvalget har altså fått i oppdrag å vurdere bl.a. instruksjonsmyndighet særskilt.

Med bakgrunn i ovennevnte sitater fra regjeringens politiske plattform og utvalgets mandat, bes utvalget herved om å forsere arbeidet vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet, jf. første og tredje strekpunkt i mandatets punkt 14, slik at en delutredning om dette (med anbefalinger/konklusjoner) kan leveres arbeids- og inkluderingsministeren innen 1. april 2010.

1.3 Delutredningens forhold til hovedmandatet

I brev til AID av 3. november 2009 stilte utvalget spørsmål ved hvilken betydning departementets bestilling skulle anses å ha for det øvrige mandatet, særlig utvalgets endelige anbefaling om fremtidig klagesaksmodell. Utvalget uttalte videre:

Utøvelse av instruksjonsmyndighet knytter seg særlig til det ene av de fire hensynene utvalget er bedt om å ivareta i sine vurderinger, jf. mandatets punkt 7 og ”muligheten for politisk styring”. Utvalget ber derfor også avklart om bestillingen innebærer at utvalget skal legge til grunn en annen vektning av de fire hensynene, enn det som er beskrevet i mandatet.

AID ga følgende svar i brev av 25. november 2009:

Vår bestilling av 13. oktober d.å. mht. å forsere arbeidet vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet skal ikke forstås som en endring i mandatet. De anbefalinger utvalget måtte komme med i en slik delutredning, legger ikke nødvendigvis føringer for det videre arbeidet med forslag til en fremtidig klagesaksmodell. Utvalget står med andre ord fritt til å foreslå en annen løsning vedrørende instruksjonsmyndighet i sin endelige anbefaling. Videre innebærer ikke bestillingen fra oktober i år noen endring i vektingen av de fire hensynene

nevnt i mandatets punkt 7 (muligheten for politisk styring, rettsikkerhet, rask og effektiv saksbehandling, samt legitimitet). Disse hensynene skal fortsatt vektet likt.

Departementets brev er lagt til grunn for utvalgets arbeid.

1.4 Sammendrag

Utvalget foreslår at departementet får en utvidet instruksjonsmyndighet over UNE. Med unntak for asylsakene, skal departementet ikke lenger være avskåret fra å gi UNE generelle instruksjoner om lovtolking og skjønnsutøvelse. Departementets adgang til å gi generelle instruksjoner til UNE skal omfatte både lovtolking, skjønnsutøvelse, faktum og saksbehandling. Når det gjelder instruksjon om faktum i asylsaker har utvalget delt seg i et flertall og et mindretall.

Utvalgets forslag bygger på en avveining av hensynet til effektiv politisk styring, legitimitet og rettsikkerhet. Det vil etter utvalgets vurdering ha liten betydning for den enkeltes rettsikkerhet om generelle bestemmelser er vedtatt som forskrift eller gitt i instruks. Videre vil instruksjonsmyndighet kunne sikre en demokratisk legitimitet gjennom ansvarliggjøring av statsråden.

Dagens styringsvirkemidler synes ikke i tilstrekkelig grad å ivareta behovet for effektiv politisk styring. Misforholdet mellom instruksjoner til UDI og praksis i UNE har medført at departementet ikke har fått gjennomført ønskede tiltak på feltet. Hensynet til økonomisk effektivitet taler også for at det innføres instruksjonsmyndighet over UNE.

Utvalget mener imidlertid at lovtolkningen i asylsaker skal være unntatt fra departementets instruksjonsmyndighet over UNE. I slike saker er det politiske handlingsrommer svært begrenset, samtidig som hensynet til legitimitet har en annen betydning og et annet innhold.

Vurderingen av om flyktningsstatus skal gis innebærer ingen form for fritt forvaltningskjønn og det er ikke rom for politiske overveielser som innvandringsregulerende hensyn med videre. Hensynet til demokratisk legitimitet får dermed mindre betydning. Samtidig er dette saker som har stor velferdsmessig betydning for den enkelte og det er derfor viktig å sikre en sterk legitimitet for klageorganet. UNE kan med sin faglige innsikt og juridiske kompetanse særlig sikre legitimitet i disse sakene. Det antas at nemndlederne utad kan framstå som mer uavhengige og derfor ha større legitimitet i forhold til de juridiske vurderingene enn departementet.

Utvalgets flertall, medlemmene Mæland, Hashi, Skagestad, Røhnebæk, Tungesvik og Christensen mener at asylsakene står i en særstilling også i forhold til faktavurderingene og at UNE heller ikke bør kunne instrueres i forhold til hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn. *Mindretallet, medlemmet Ørmen Johnsen*, mener at departementet også skal ha instruksjonsmyndighet over hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn i asylsakene.

Utvalget har kommet til at det ikke bør innføres en ordning som åpner for at departementet eller regjeringen kan forelegges prinsipielle enkeltsaker for uttalelse eller avgjørelse. Et sentralt formål med opprettelsen av UNE var å løfte sakene ut av departementet og frigjøre tid til generelle oppgaver. Foreleggelse av enkeltsaker kan innebære en endring i forhold til dette

formålet. Foreleggelse av enkeltsaker har også klare begrensninger som styringsvirkemiddel og er en omstendelig og tidkrevende prosess.

2. Fire sentrale hensyn

2.1 Politisk styring

Vårt demokrati er tuftet på at det suverene folket gjennom valg skal utpeke folkevalgte representanter som på vegne av folket skal fastlegge rammebetingelser for samfunnsutviklingen og styre denne i bestemte retninger. Det Johan P. Olsen kaller for *den parlamentariske styringskjede* innebærer at regjeringen utgår fra flertallet i det folkevalgte organet på sentralt plan – Stortinget – og at regjeringen har til disposisjon et nøytralt organ – sentralforvaltningen – som utreder og forbereder saker og setter vedtak og politikk ut i livet.¹

Politisk styring innebærer derfor at utøvende politisk ledelse, med sitt mandat fra folket og formidlet gjennom Stortingets beslutninger, har evne og vilje til å fastlegge innholdet i politikken på ulike samfunnsområder, iverksette denne og at aktører og forhold i samfunnet påvirkes i betydelig grad av dette. Politisk styringseffektivitet innebærer at kollektive politiske målsettinger settes effektivt ut i livet.

Politisk styring kan ut fra et slikt ideal potensielt støte på mange hindre. Ett hinder kan være at den parlamentariske styringskanalen ikke virker som den skal, enten fordi folkets vilje ikke nedfelles på en representativ måte i folkevalgte organ, eller fordi det er et turbulent og ustabil forhold mellom folkevalgt og utøvende makt. Særlig viktig i vår sammenheng kan det imidlertid være hvis sentralforvaltningen av ulike grunner ikke virkeliggjør de politiske målsettinger, det vil si det apparatet som skal sette politikken ut i livet ikke helt fungerer etter intensjonene.

Et instrumentelt perspektiv på politisk styring innebærer to forhold.² For det første at utøvende politisk ledelse bevisst utformer de formelle, strukturelle trekkene i forvaltningsapparatet, gjennom vedtak om bestemte lover og forskrifter. Man vedtar for eksempel at et fag-/politikkområde skal ha et direktorat, tilsyn eller statlig selskap, eller man vedtar mer integrerte løsninger eller en bestemt utforming av departementene. En politisk ledelse sikrer seg analysekapasitet og deltakelsesrettigheter gjennom en bevisst utforming av organisasjonsstrukturen.

Tanken bak dette er at man gjennom den organisatoriske utformingen ønsker å realisere bestemte mål og få bestemte effekter. Fra utlendingsfeltet er det flere eksempler i nyere tid på gjentatte reorganiseringer, enten dette har handlet om at integrerings- og kontrolloppgavene skal organiseres i samme departement eller ikke, om det skal være direktorat eller ikke for første- og andreinstans behandling, og hvor stor uavhengighet disse skal ha.

For det andre er det viktig for politisk styring hvordan den utøvende ledelsen bruker det handlingsrommet som er skapt gjennom bestemte organisasjonsstrukturer. Dette kan henge sammen med hvilken politisk betydning et samfunnsområde tillegges.

¹ J. P. Olsen (1978). Folkestyre, byråkrati og korporativisme. I J. P. Olsen (ed.), *Politisk organisering*. Bergen: Universitetsforlaget.

² T. Christensen, P. Lægroid, P. G. Roness og K. A. Røvik (2009). *Organisasjonsteori for offentlig sektor*. Instrument, kultur eller myte. Oslo: Universitetsforlaget. 2. utgave.

Organisasjonsstrukturene er altså betingende strukturer, som åpner opp for aktiv eller passiv oppfølging fra utøvende politisk ledelse. Denne oppfølgingen kan for eksempel innebære at det grunnleggende formelle og juridiske rammeverket suppleres av andre mekanismer for styring relatert til signalgiving av mer eller mindre uformell karakter, eller økonomiske virkemidler i form av insentiver. Kombinerer man de to aspektene ved politisk styring, vil ytterpunktene enten være mest politisk styring ved sentraliserte strukturer med sterk og direkte inngripen fra politiske ledere, på den ene siden, og desentraliserte strukturer med mye autonomi hvor utøvende lederskap i liten grad griper inn i skjønnet som utøves, på den annen.

I likhet med mange andre områder, er utlendingsforvaltningen preget av ulike varianter av mellomalternativer, det vil si den faktiske utformingen av den formelle strukturen og utnyttelsen av handlingsrommet kombinerer ulike interesser og et preg av blanding av sentraliserende og desentraliserende elementer, men også varierende grad av aktivisering fra politisk og administrativ ledelse over tid.

2.2 Rettssikkerhet

R. H. Knoff skriver i sin evaluering av UNE fra 2003 at rettsikkerhet er et mangslungent begrep med potensielt mange tolkninger, men at det i hovedsak dreier seg om *sikkerhet mot vilkårlig behandling fra myndighetenes side og sikkerhet for at man får de rettigheter og ytelser man har krav på*.³ Videre gjør rapporten et tradisjonelt skille mellom begrepets prosessuelle og materielle (innholdsmessige) sider:

Den prosessuelle siden dreier seg om å sikre at det er kompetente organer med uhildete beslutningstakere som tar avgjørelser, at saksbehandlingen er rask og hensynsfull, at partene blir veiledet og får innsyn, at det gis en begrunnelse for vedtaket, og at saksbehandlingen er kontrollerbar. Materielle rettsikkerhet innebærer at saksbehandlingen oppfyller krav til saklighet og lik behandling av like saker, at det er hjemmel for vedtakene og at de er i samsvar med gjeldende rett. Til sammen skal dette føre til korrekte avgjørelser og til at subjekter skal kunne forutberegne sin rettslige stilling.

Eckhoff og Smiths *Forvaltningsrett* skiller mellom krav til saksbehandlingen og det som betegnes som krav til regelbinding.⁴ *Kravene til saksbehandlingen går først og fremst ut på at avgjørelsene må treffes av uhildede personer, at berørte parter må gis mulighet for å forsvare sine interesser (kontradiksjon), og at det må være adgang til å få avgjørelsene overprøvd, innenfor forvaltningen selv og – i siste instans – av domstolene.* Videre gjør hensyn til medbestemmelse og menneskeverd seg gjeldende. De berørte må behandles som selvstendige, handledyktige subjekter som skal orienteres om hva saken gjelder, og ha adgang til å forsvare sine interesser.

Krav til regelbinding innebærer at forvaltningen skal være bundet av regler når den treffer vedtak som angår enkeltpersoner eller andre rettssubjekter. Regler tjener ikke bare til å motvirke vilkårlighet og sikre en viss forutsigbarhet, de bidrar også til formell likhet i den forstand at alle som dekkes av samme regel, skal behandles likt.

³ rhKnoff (2003). Evaluering av Utlendingsnemnda. Hovedrapport mars 2003 til Kommunal- og regionaldepartementet. Sitatet som følger er fra s. 26.

⁴ T. Eckhoff og E. Smith. *Forvaltningsrett* 8. utgave, 2006 s. 51-52.

Eckhoff og Smith peker på at begrepet *rettsikkerhet* er hyppig brukt, men brukes på til dels svært ulike måter. Personlige syn på hva som anses som for eksempel rimelig eller rettfærdig, kan kamufleres under honnørord av denne typen.⁵

Mange sentrale organisatoriske elementer i rettsikkerhet har vært omdiskutert og til en viss grad endret innhold over tid. En historisk konfliktlinje har for eksempel vært at politisk ledelse helt fra 1814 sto for det syn at integrerte løsninger, eller direktoratsløsninger med klar politisk kontroll, best ivaretok både politisk styring og rettsikkerhet, mens sentrale faggrupper, som ingeniører og medisinerer tidlig mente at en frittstående fagadministrasjon best ivaretok hensynet til faglig kvalitet og rettsikkerhet.⁶

I 1955 da Gerhardsen formulerte en autonomi-doktrine for sentralforvaltningen, ble det enighet om ønskelig organisasjonsutforming, men med ulik begrunnelse, det vil si politisk ledelse mente at politisk styring ble best ivare tatt med frittstående direktorat, mens faggruppene sto på sitt syn om at det primære ved denne organisasjonsformen var faglige og rettsikkerhetsmessige hensyn.⁷

Historisk sett har juristene i norsk sentralforvaltning vært den profesjonelle gruppen som har skullet ivareta de rettsikkerhetsmessige hensynene. De sto svært sterkt og var helt dominerende representert i sentralforvaltningen lenge. I mellomkrigstiden var deres andel 70-80 %, i tiårene etter andre verdenskrig 40-60 %, av de med høyere utdanning i sentralforvaltningen.⁸ I dag er deres tilsvarende andel nede i 20 %, mens samfunnsvitere og økonomer hver for seg utgjør like store profesjonelle grupper.⁹ Det er vanskelig å slutte ut fra dette at rettsikkerheten er blitt svekket over tid, for de nye faggruppene må selvsagt også forholde seg til og bidra til å sikre rettsikkerhetsverdiene, men det kan konstateres at en mer konsekvensorientert fagorientering har styrket seg betraktelig over tid.¹⁰ Når det gjelder utlendingsforvaltningen, er det et interessant poeng at lekmannsinnslaget i UNE av noen ses på som å fremme rettsikkerheten, mens det av andre ses helt motsatt.

2.3 Effektivitet

Effektivitet i myndighetens virksomhet er oftest forbundet med to ulike aspekter, nemlig *teknisk effektivitet* og *økonomisk effektivitet*. Teknisk effektivitet går på i hvilken grad man evner å virkeliggjøre de mål man setter seg i det offentlige, altså hva effekten er av det man gjør sammenholdt med målene. Økonomisk effektivitet eller produktivitet omhandler hvor mye ressurser man bruker for å produsere en tjeneste eller vedtak.

Muligheten til å vurdere teknisk effektivitet er forbundet med flere forhold. Sentrale utfordringer ved resultat og effekter er mange, fordi man finner avvik fra idealet om en

⁵ T. Eckhoff og E. Smith. Forvaltningsrett 8. utgave, 2006 s. 50-51.

⁶ E. Benum (1979). Sentraladministrasjonens historie. Bind 2. 1845-1884. Oslo: Universitetsforlaget.

⁷ T. Christensen og P. Roness (1999). Den historiske arven. I P. Lægred og O. K. Pedersen (red.). Fra opbygning til ombygning av staten. Organisationsforandringer i tre nordiske lande. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag.

⁸ P. Lægred og J. P. Olsen (1978). Byråkrati og beslutninger. Bergen: Universitetsforlaget. Se for eksempel tabell N.2.2. side 99.

⁹ T. Christensen og P. Lægred (2009). Living in the past? Change and continuity in the Norwegian Civil Service. Public Administration Review, vol.69 (5): 951-961.

¹⁰ T. Eckhoff og K. D. Jacobsen (1960). *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-Making*. Copenhagen.

overordnet, politisk målformuleringsprosess og en underordnet teknisk-nøytral iverksettings- og tilbakeføringsprosess.¹¹

Politikkproblemet omhandler at politiske mål ofte er forbundet med forhandlingsprosesser som resulterer i kompromiss, hvor målene ikke alltid er like klare som målestokk for å måle resultat og effekter. Dette medfører at den politiske og administrative sfære kan være noe løst koplet.

Ansvarsproblemet omhandler hvem som skal ha ansvaret for dårlige eller gode resultater. I moderne forvaltning er ikke ministerstyreprinsippet alltid så lett å hanskes med, og politiske og administrative aktører kan forsøke å skyve ansvaret over på hverandre. Det vokser dessuten frem et kontroll- og rapporteringsbyråkrati i skjæringsfeltet mellom politisk styring og autonomi og man fokuserer mer på et smalt ansvarsbegrep, som kan føre til at ingen føler et helhetlig ansvar for politikkområdet.

Resultatmålingsproblemet innebærer at det generelt er vanskelig å måle effektene av offentlige tiltak og dermed måloppnåelse, fordi mange tiltak griper inn i hverandre og det er vanskelig å dekomponere effektene av de enkelte. Det kan også være slik at kvantitative indikatorer, som ikke bestandig er lett å tolke eller helt griper effekter, foretrekkes fremfor kvalitative.

Rapporteringsproblemet innebærer at det kan være skjevheter i rapporteringen av resultat og effekter, fordi man ønsker å styrke sin egen organisasjonsenhet, noe som innebærer både potensielt et etisk problem og mulig målforskyvning.

Oppfølgingsproblemer omhandler hva som skal skje etter at resultater og effekter er målt. Skal de myndighetsorganer som lykkes å nå sine mål premieres eller er det tvert om de enhetene som gjør det dårlig som bør hjelpes?

Historisk sett har offentlige myndigheter i Norge vært relativt lite opptatt av å måle effekter av tiltak, enn si finne ut hvor mye ressurser som brukes, ofte som en kombinasjon av kapasitetsproblemer og en oppfatning av at man vet nok om effekter i et oversiktlig og lite land.

Ofte er det en spenning mellom måling av effektivitet i en teknisk eller økonomisk forstand. Man ønsker ideelt sett å fokusere på resultat og effekter, men man havner ofte ned på mål på aktivitet og ressursbruk. Moderne mål- og resultatstyring har fått et relativt teknisk preg over tid og metoder for å differensiere ressursbruk per enhet og aktivitet er mer avanserte enn før. Samtidig har denne aktiviteten også blitt mer utfordrende, fordi teamarbeid innad i forvaltningsenheter er mer vanlig og økt krav til intra- og interorganisatorisk samordning er også økende, med tilhørende utfordringer med hensyn til å måle produktiviteten i hver enhet.

2.4 Legitimitet

Legitimitet er også et svært bredt og omdiskutert begrep, som brukes forskjellig i ulike fag og tradisjoner, og ulike grupper eller aktører kan også ha ulike syn på det. Det omhandler i hvilken grad og hvorfor grupper i samfunnet aksepterer myndighetsutøvelsen fra offentlige

¹¹ T. Christensen et al. (2009), op.cit. De ulike problemene er hentet fra s. 184-190.

aktører og institusjoner, enten av formelle eller andre grunner.¹² En måte å definere begrepet på er å ta utgangspunkt i Eastons distinksjon mellom generell/allmenn støtte og spesifikk støtte.¹³

Generell eller allmenn støtte går på om folk i sin brede alminnelighet, eller spesielle aktører og grupper, har tillit til den formelle eller strukturelle oppbyggingen av myndighetsapparatet. Støtter de i bred forstand opp om de institusjonene som eksisterer, det vil si Stortinget, regjeringen og domstolene, eller støtter de opp om de institusjonene de har mye samhandling med. Har UNE for eksempel utbredt tillit i mange grupperinger eller er denne støtten selektiv? Dette er altså en system- eller institusjonsbasert tillit.

Spesifikk støtte går mer på hva den enkelte offentlige myndighet gjør innenfor den strukturelle oppbyggingen de har, det vil si hvordan handlingsrommet utnyttes.

Koplingen mellom de to aspektene kan være ulik. Generell støtte over tid kan for eksempel medføre at kortsiktige problemer og feil aksepteres, men også at den generelle tilliten svekkes gradvis. En god praksis over lang tid kan bidra til å styrke den generelle legitimiteten, men også kunne ha få effekter. Legitimitet kan både være praktisk og konkret, men har også vesentlige symbolske aspekter ved seg. Man kan ha en allmenn stor tillit til et offentlig myndighetsorgan, fordi dets ledelse har maktet å fremstille egen institusjon i et godt lys, eller man kan ha konkrete erfaringer med et myndighetsorgan og ut fra det utvikle mer generelle og mytepregete forestillinger om hvordan andre organ fungerer.

2.5 Forholdet mellom de fire hensynene

I en ideell verden skal det kunne være mulig å realisere alle verdiene samtidig, det vil si at en offentlig myndighet, som utlendingsforvaltningen, bidrar både til å realisere sterk politisk styring, sterk rettssikkerhet, en effektiv forvaltning og høy legitimitet samtidig. I realiteten står ofte disse verdiene i et spenningsforhold til hverandre. Verdiene må kombineres og balanseres på ulike måter på ulike tidspunkt.¹⁴

Spenning mellom politisk styring og rettssikkerhet er åpenbar. Politiske ledere er både potensielt de viktigste garantister, men utgjør også en potensiell fare for rettssikkerheten, hvis de på ulike måter og gjennom ulike vedtak undergraver denne. Et viktig spørsmål er selvsagt hvordan man best organiserer for rettssikkerhet. To versjoner står her mot hverandre, nemlig på den ene side det synet at sentralisert politisk kontroll er den beste rettssikkerhetsgaranti, mens det motsatte synet er at rettssikkerhet er forbundet med uavhengige organer og uavhengig fagadministrasjon. Dette siste synet har i nyere tid stått sterkt i organiseringen av utlendingsforvaltningen, i særlig grad eksemplifisert med UNEs etablering og virksomhet. Et argument av mer tradisjonell karakter for et slikt syn er at rettssikkerhet er en sentral offentlig verdi av institusjonell karakter som skal *stå over* mer kortsiktige politiske hensyn.

Mot dette kan det hevdes at en uavhengig fagadministrasjon, enten den er tuftet primært på rettssikkerhet eller ikke, innebærer potensielt politisk ufølsomhet, noe som kan være et

¹² Olsen (1978), op.cit.

¹³ D. Easton (1965). A system analysis of political life. New York.

¹⁴ M. Egeberg (1997). Verdier i statsstyre og noen organisatoriske implikasjoner. I T. Christensen og M. Egeberg (red.) *Forvaltningskunnskap*. Oslo: Tano Aschehoug.

demokratisk problem.¹⁵ Når politiske ledere velges eller utpekes skal ikke deres muligheter til styring ut fra det mandat de er valgt på avgrenses. Denne typen avveininger som er skissert preger veldig klart norsk sentralforvaltning generelt og utlendingsforvaltningen spesielt, og de ofte komplekse og hybride strukturene avspeiler kombinasjoner av hensyn til politisk og administrativ styring på den ene siden og hensynet til rettsikkerhet og faglig autonomi på den andre.

Forholdet mellom politisk styring og effektivitet kan være relativt uproblematisk, fordi styringseffektivitet er nødvendig i ethvert politisk-administrativt system. Politiske mål må realiseres i betydelig grad for at støtten til systemet skal vedlikeholdes. Likeså kan god produktivitet frigjøre ressurser til å realisere flere politiske mål. Samtidig innebærer politisk styring potensielt mange og brede hensyn. Stor vekt på effektivitet kan medføre mindre deltakelse fra berørte parter eller dårligere kvalitet på avgjørelser og tjenester. Dette illustrerer en sentral avveining i utlendingsforvaltningen. På den ene side ønsker man at for eksempel UNE effektivt skal behandle flest mulig saker, på den andre siden ønsker man en grundig behandling av klagesakene med innsyn og deltakelse, noe som kan medføre større ressursbruk og senere og mer usikker realisering av sentrale mål.

Forholdet mellom politisk styring og legitimitet er også komplekst. Sterk politisk styring kan gi betydelig legitimitet, fordi politisk ledelse evner å følge opp sine politiske mål og løfter. Samtidig kan også en avdempet politisk styring, med betydelig institusjonell og profesjonell autonomi, også være en vei til sterk legitimitet. Ansatte i forvaltningen, som historisk sett har støttet institusjonell-profesjonell autonomi, vil oppleve sitt arbeid som mer meningsfylt hvis de har skjønn til å prege offentlige vedtak og praksis med sine faglige normer og verdier. Likeså kan berørte parter og grupper ønske seg mer autonomi og mindre styring, fordi de dermed styrker sin egen innflytelse. I moderne forvaltning har det jo ofte blitt argumentert med at den parlamentariske styringskjeden må suppleres med en direkte kanal fra befolkningen og inn til forvaltningen, enten det er gjennom interesseorganisasjoner eller i nyere versjon som individuelle brukeres deltakelse og innflytelse.

Rettsikkerhet og effektivitet kan falle sammen hvis man evner å organisere forvaltningen på en slik måte at rettsikkerhet bidrar til å realisere sentrale politiske mål, eller at frigjorte ressurser som følge av økt effektivitet brukes til å styrke rettsikkerheten. Samtidig kan vekt på rettsikkerhet bidra til å undergrave effektivitet, fordi prosedyrer og saksbehandling kan ta lang tid, eller sterk vekt på effektivitet bidrar til å svekke rettsikkerheten og kvaliteten i saksbehandlingen. Det kan for eksempel i moderne forvaltning være et så sterkt press på å nå bestemte resultat, at man legger mindre vekt på de prosessuelle sidene ved beslutningsprosessene. Denne typen problemstillinger er aktuelle i utlendingsforvaltningen med hensyn til både behandling i nemnd versus i sekretariat eller av nemndleder, men også med hensyn til personlig fremmøte eller ikke i nemndmøte.

Forholdet mellom rettsikkerhet og legitimitet kan synes relativt enkelt, i og med at høy grad av rettsikkerhet naturlig synes å medføre høy legitimitet. Men rettsikkerhet kan bety ulike ting for ulike aktører. For myndigheter og faggrupper kan det bety god organisering og likebehandling, mens det for berørte grupper kan bety en balansert utøvelse av skjønn og individuelle hensyn. Formelle regler kan slå negativt ut for enkelte grupper som søker en

¹⁵ K.J. Jacobsen (1960). Lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet. Tidsskrift for Samfunnsforskning, 1: 231-248.

ytelse eller rettighet, det vil si det er innebygget skjevheter i dette. Beslutningsgrunnlaget for avgjørelser kan være mangelfullt, selv om reglene følges. Dette er problemstillinger som er svært aktuelle i utlendingsforvaltningen.

Til slutt, forholdet mellom effektivitet og legitimitet er også mangfoldig. En effektiv forvaltning kan åpenbart øke legitimiteten i det politisk-administrative systemet. Samtidig kan også effektivitet bidra til å undergrave andre hensyn, og dermed svekke legitimiteten. Svekket kvalitet på offentlige tjenester kan henge sammen med økt effektivitet. Manglende deltakelse og innflytelse fra brukere er en annen mulighet.

Oppsummert, hvis man ser på de fire verdiene og hvordan de kombineres, balanseres og nedfelles i organiseringen av og virkemåten til offentlige myndigheter, så er hovedbildet veldig komplekst og hybrid. Sentralforvaltningen preges for eksempel av både fellestrekk og betydelig variasjon med hensyn til verdiene.

Dette kan ses på som en realitet som har betydelige fordeler, fordi det bidrar til fleksibilitet og ivaretagelse av ulike hensyn samtidig. Politiske og administrative ledere kan til en viss grad få ivaretatt hensynet til politisk og administrativ styring, profesjonell forvaltning kan få ivaretatt autonomi og faglighet, mens brukere kan øke sine deltakelses- og innflytelsesmuligheter.

Det motsatte synet av dette er forbundet med reformbølgen New Public Management.¹⁶ Innen denne ses kompleksitet og hybriditet som et problem som man må gjøre noe med i form av klarere mål, tydeligere virkemidler, mer intensiv måling og rapportering av resultat, og aktiv bruk av insentivsystemer.

¹⁶ T. Christensen (2006). Staten og reformenes forunderlige verden. Nytt Norsk Tidsskrift, nr.3.

3. Generelt om styring og instruksjonsmyndighet i det norske samfunnet

3.1 Innledning

I delutredningen vurderer utvalget visse sider av den rettslige styringen av utlendingsforvaltningen. Som bakgrunn for vurderingene gjennomgår utvalget enkelte generelle forhold knyttet til instruksjon og annen styring innenfor det norske statsapparatet, se punkt 3.2 og 3.3. Videre presenteres i punkt 3.4 enkelte generelle vurderinger fra tidligere utredninger av statlig styring av underliggende organer. I punkt 3.5 gir utvalget en oversikt over styringsforholdene på noen andre forvaltningsområder.

3.2 Historisk utvikling

3.2.1 Et historisk riss av direktoratsordningen

I 1814-15 fikk man en endring av norsk sentralforvaltning fra en kollegial administrasjon til en strengt hierarkisk administrasjon med noen få sentrale departementer i spissen. Dette var en administrasjon dominert av jurister. Allerede tidlig kom det krav fra en rekke ulike faggrupper, med ingeniører i spissen, om at den sentrale forvaltningen burde få flere frittstående fagadministrasjoner, i form av inspektorat eller direktorat.¹⁷ Kravene fra faggruppene ble i første omgang avvist av politisk ledelse, men fikk etter hvert mer fotfeste og vi fikk fra 1840- og 50-tallet de første såkalte frittstående direktoratene, særlig innen samferdselssektoren. Denne direktoratsmodellen, oftest kalt den svenske, har siden vært den dominerende i Norge. Den innebar betydelig autonomi for fagadministrasjonen, men har alltid hatt et tydelig innslag av politisk styring i og med bibehold av det individuelle ministeransvarsprinsippet, noe som skiller den litt fra den svenske ordningen med kollektivt ansvar hos regjeringen.¹⁸

På 1850-tallet fikk man også de to første eksempler på en annen direktoratsordning, den danske (ministerielle), på skole- og helsesektorene. Denne var preget av at direktoratene primært fungerte som en form for departementskontorer, det vil si at de var integrerte enheter med lav grad av autonomi. Denne direktoratsmodellen ble aldri utbredt men overlevde senere lenge på deler av landbruks- og justissektorene.

Den svenske direktoratsmodellen utviklet seg gradvis og sakte i omfang frem til 1884, dels også som følge av et politisk ønske om å svekke innflytelsen fra Sverige. I 1884 med innføringen av parlamentarismen, ble ordningen strammet inn i en periode, en innstramning som ble svekket noe over tid, men så ble veldig tydelig igjen i mellomkrigstiden.

Den såkalte Øksekomiteen, som så på mulige kutt og innsparinger i sentralforvaltningen, foreslo fra 1920-tallet en tredje type direktoratsmodell, den norske.¹⁹ Denne innebar en mellomløsning og at lederen for en fagadministrasjon var to-hattet, det vil si både leder for en

¹⁷ Benum (1979), op.cit.

¹⁸ Christensen og Roness (1999), op.cit.

¹⁹ K. D. Tønnesson (1979). Sentraladministrasjonens historie. Bind 4. 1914-1940. Oslo: Universitetsforlaget.

departementsavdeling/-kontor og for et direktorat samtidig. Dette åpnet både for sterk grad av tilgjengelighet til politisk ledelse, men også betydelig grad av politisk styring. Denne direktoratsmodellen fikk heller ingen særlig utbredelse eller betydning ut over mellomkrigstiden, men hadde en berømt avlegger i perioden 1945-83 under Evang og senere Mork som helsedirektører.

Et viktig tidsskille kom med en ny direktoratsdoktrine i 1955, da Gerhardsen kom tilbake som statsminister etter Oscar Torp.²⁰ Den historiske linjen fra politisk ledelse over 140 år hadde vært å argumentere for en integrert forvaltning. Ved å holde tett kontroll over fagadministrasjonen skulle politisk styring fremmes, noe som kanskje synes paradoksalt siden den svenske ordningen tidlig ble viktig. Faggruppene hadde hele tiden argumentert med at frittstående fagadministrasjon var det beste. Med den nye doktrinen ble disse syn forenet, men på litt ulike premisser. Politisk ledelse argumenterte for at en frittstående direktoratsløsning ville fremme politisk styring, delvis fordi den ga mer kapasitet hos politisk ledelse med hensyn til prinsipielle spørsmål, en argumentasjon lik den New Public Management forbindes med fra 1980-tallet. Historisk sett er det vanskelig å begrunne holdbarheten empirisk i et slikt standpunkt, men det må ses som en refleks av økende kompleksitet i samfunn og forvaltning, oppbyggingen etter krigen og en betydelig økning av oppmerksomhets- og kapasitetsproblemer både i politisk og administrativ ledelse.

Etter den nye doktrinen i 1955 fikk man en markert økning i antall direktorater, men denne økningen ble strammet inn av Arbeiderpartiet fra begynnelsen av 1970-tallet. Etter det har man hatt en del nye direktorater, men hovedtendensen fra slutten av 1980-tallet er færre tradisjonelle direktorater. Denne tendensen er delvis en følge av at flere direktorater har blitt omdannet til rene tilsynsorganer og etablering av statlige selskap.²¹

3.2.2 Moderne forvaltningspolitisk utvikling

New Public Management (NPM) som reformbølge startet for alvor i Australia og New Zealand i 1983-84. Den bygget på et par sentrale prinsipper for den strukturelle utviklingen av forvaltningen, som er viktig for å forstå senere tiårs forvaltningsutvikling i Norge.²² Det første prinsippet var at både forvaltningsorgan, som direktorat og tilsyn, og statlige selskap av ulike slag, skulle få sterkere autonomi. Motivasjonen for denne fristillingen var både ønske om mer strategisk styring og mer kapasitet for politisk ledelse, men også mer effektivitet ved at de enheter som sto nærmest problemene ble som best til å velge virkemidler og løse problemer effektivt.

Det andre prinsippet bygget på *single purpose organization*, som innebar en sterk horisontal spesialisering i en rekke ulike funksjoner som rollen som eier, forvalter, regulator, tilbyder, etterspørter, osv. Begrunnelsen for denne rendyrking var at ikke-overlappende roller ville gi en tydeligere og mer effektiv forvaltning. Samlet innebar de to prinsippene en betydelig

²⁰ Christensen og Roness (1999), op.cit.

²¹ P. Lægneid, V. W. Rolland, P.G. Roness og J.-E. Ågotnes (2008). The structural autonomy of the Norwegian State 1985-2007: Increased specialization or a pendulum swing? Bergen: Rokkansenteret, Universitetet i Bergen.

²² T. Christensen og P. Lægneid (2001). New Public Management. The Transformation of Ideas and Practice. Aldershot: Ashgate.

strukturell fragmentering av forvaltningen i mange land. Brede undersøkelser av effektene av den nye organiseringen av forvaltninger under NPM har vist at politisk styring har blitt markert svekket og ledere for underliggende etater og statlige selskap står sterkere.²³

Man kan ikke si at Norge umiddelbart kastet seg på NPM-bølgen, snarere er Norge sammen med andre nordiske land kjent som lite endringsvillige. Willoch-regjeringen kom med et Moderniseringsprogram i 1986 og Harlem Brundtland-regjeringen kom med et Fornyingsprogram i 1987. Disse var riktignok preget av NPM-retorikk, som vekt på brukerne, men hadde ikke noe klart program for strukturell endring. Den kanskje grundigste utredningen av statens organisering noen gang kom i 1989 med *Hermansenutvalgets* innstilling.²⁴

Hermansenutvalget vurderte det eksisterende settet av organisasjons- og tilknytningsformer, og mente dette var tilstrekkelig for å dekke statens behov. Utvalget gikk således ikke inn for noen entydig endring av organisasjons- og tilknytningsformer i NPM-retning. Det sentrale var heller en mer bevisst og differensiert bruk av de formene man hadde, fordi staten hadde mange ulike roller, som delvis krevde ulik organisering.

I dette lå kimen til en gradvis, partiell fristilling fra 1990-tallet særlig i forvaltningsorganformen, men også når det gjaldt statlige selskap. Man fikk en utvikling med såkalte liberaliserende fullmakter, som innebar at departementene ikke hadde et enhetlig, men differensiert styringsregime overfor direktoratene, som innebar for eksempel at disse fikk mer autonomi med hensyn til økonomiforvaltning og personalpolitikk.

Den kanskje mest NPM-innfluerte reformen i Norge i de siste tiårene var tilsynsreformen fra 2003.²⁵ Statsråd Norman argumenterte sterkt for noen fundamentale endringer i sentralforvaltningens organisering. For det første skulle tilsynsoppgaver nå rendyrkes, mens de historisk hadde vært organisert sammen med andre oppgaver. For det andre skulle tilsynene fristilles i sterkere grad, fordi hensynet til spesialisert faglig kompetanse tilsa det, noe som innebar en vesentlig innskrenkning i politisk ledelses instruksjonsmyndighet. For det tredje skulle all klagebehandling flyttes ut av departementene til uavhengige klageorgan. For det fjerde skulle 8-9 tilsyn flyttes ut av Oslo.

Resultatet av hele denne prosessen ble blandet. Seks tilsyn ble flyttet ut og de foreslåtte tilsynene ble fristilt i betydelig grad, men det ble ikke innført verken noen standardisert og allmenn ny tilsynsorganisering eller iverksatt et nytt allment prinsipp for klagebehandlingen. Se nærmere redegjørelse for tilsynsmeldingens vurdering av styringsforholdene i punkt 3.4.

Reformen i utlendingsforvaltningen i 2001 var i tråd med sentrale tanker i NPM om fristilling og differensiering. Men reformen var ikke i tråd med faktisk forvaltningsutvikling i Norge, selv om det ble argumentert slik, noe statsråd Solberg erkjente tre år senere da hun forsøkte å stramme inn organiseringen av UDI og UNE. Både Solberg og senere statsråd Hanssens forslag om tiltak for innstramning og økt styring griper tilbake til tradisjonelle prinsipper i norsk forvaltning, men reflekterer også sentrale trekk ved post-NPM reformer som vi har sett trekk

²³ C. Pollitt og G. Bouckaert (2004). *Public Management Reform: A Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press. 2.edition.

²⁴ NOU 1989: 5. En bedre organisert stat (Hermansenutvalget). Forbruker og administrasjonsdepartementet.

²⁵ K. O. Hommen (2003). *Tilsynspolitik i Norge: Utflytting og autonomi*. Notat no. 17. Bergen: Rokkansenteret.

av på andre områder i Norge det siste tiåret, som med hensyn til sykehusreformen, politireformen, NAV-reformen, osv.²⁶

3.3 Enkelte generelle utgangspunkter

3.3.1 Generelt om styringsvirkemidlene

Både lover, forskrifter og instruksjoner er sentrale rettslige virkemidler i styringen av statsforvaltningen. Videre kan departement eller regjering bruke sin omgjøringskompetanse eller kompetanse som klageinstans.

Både statsbudsjettet selv og oppfølgingen av statsbudsjettet gjennom tildelingsbrev med videre, spiller en sentral rolle i departementenes styring av underliggende organer. Statsbudsjettet fastsetter hvor mye penger de underliggende organene kan bruke og gir bestemmelser om bruken av pengene. Nærmere instruksjoner gis i tildelingsbrev til det enkelte underliggende organet.

Departementene kan også styre gjennom veiledning og informasjon. Departementene kan for eksempel gi underliggende organer informasjon om eksempler på god praksis. Denne kategorien styringsvirkemidler kjennetegnes ved at den ikke er rettslig bindende.

En bevisst strukturell utforming av myndighetsapparatet har også tradisjonelt vært et viktig virkemiddel for å nå offentlige mål.

3.3.2 Det hierarkiske systemet

Norsk statsforvaltning er et hierarkisk system med regjeringen og departementene som øverste myndighet. Regjeringen og departementene har i utgangspunktet instruksjonsmyndighet over alle andre organer i statsforvaltningen.²⁷ Tilsvarende har de andre organene instruksjonsmyndighet over statlige myndigheter som befinner seg på et lavere nivå i hierarkiet.

Det generelle utgangspunktet er også at det overordnede organet har myndighet til å omgjøre vedtak fattet av det underordnede organet, enten etter klage eller av eget tiltak. I klagebehandlingen følger omgjøringskompetansen av forvaltningsloven § 34, mens adgangen til å omgjøre av eget tiltak følger av forvaltningsloven § 35.

Som hovedregel har overordnet organ myndighet til å gi både generelle instruksjoner og instruksjoner i enkeltsaker.

Noen organer er imidlertid gitt en uavhengig stilling ved at de helt eller delvis er unntatt fra overordnet organs instruksjonsmyndighet eller omgjøringskompetanse. Stortinget kan vedta slike begrensninger i styringsretten, for eksempel i lov. Eksempler på organer med en uavhengig stilling er Datatilsynet, Trygderetten og fylkesnemndene for barnevern og sosiale

²⁶ Post-NPM, som vokste frem først i Australia og New Zealand på slutten av 1990-tallet, bygger på prinsipper om økt sentral styring og kapasitet, samt sterkere intra- og inter-forvaltningskoordinering. Se Christensen (2006), op.cit.

²⁷ Jf. Grunnloven § 3.

saker. De forskjellige utlendingsmyndighetene er også gitt en uavhengig stilling, med UNE som det mest uavhengige organet. Se også punkt 4.2 der utvalget gir en oversikt over de rettslige styringsforholdene i utlendingsforvaltningen.

De uavhengige organene er imidlertid bundet av lover og forskrifter. Regjeringen og departementet kan således fullt ut styre de uavhengige organenes myndighetsutøvelse så lenge dette skjer i forskrifter gitt med hjemmel i lov.

3.3.3 Forskrift og instruks

Etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c er forskrift *et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer*. Definisjonen må ses i sammenheng med første ledd bokstav a om hva som er vedtak: *en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)*.

I likhet med instruks, vil også forskrifter være rettslig bindende for offentlige organers myndighetsutøvelse. Forskrifter skiller seg imidlertid fra instruks ved at de i tillegg er bestemmende for privates rettigheter eller plikter.

Instruks kjennetegnes ved at de formelt kun retter seg til det underordnede organet eller de underordnede tjenestemennene. Det er først og fremst denne formelle innretningen som gjør at instruks faller utenfor forskriftsbegrepet. Avgrensningen mot forskrifter gjelder også generelle instruks om lovtolkning og skjønnsutøvelse. Heller ikke slike instruks er forskrifter i forvaltningslovens forstand.

Vedtatt i strid med instruks er vanligvis ikke ugyldige. Når det gjelder forskrifter er utgangspunktet det motsatte: Brudd på forskrifter medfører nesten alltid ugyldighet.

Forvaltningslovens kapittel VII inneholder regler om behandling og kunngjøring av forskrifter. Reglene gjelder både når forskriften vedtas første gang, når den endres og når den oppheves.

Etter forvaltningsloven § 37 skal offentlige og private institusjoner og organisasjoner for de erverv, fag eller interessegrupper som særlig berøres, gis varsel og få anledning til å uttale seg før forskriften vedtas. Reglene om høringsplikt skal sikre at forskrifter blir til etter en saksforberedelse som er demokratisk og faglig forsvarlig.

Krav om kunngjøring og form i forvaltningsloven § 38 skal sikre at plikter og rettigheter etter en forskrift blir kjent for dem de gjelder, på en måte som klart markerer at reglene er rettslig bindende. Forskrifter skal som hovedregel kunngjøres i Norsk Lovtidend og i den forbindelse betegnes som forskrift. Videre skal forskriften henvisne til forvaltningsorganets hjemmel til å gi forskriften.

For instruks gjelder ingen slike generelle regler. Instruks kan gis både muntlig og skriftlig, og uten offentlig høring. Dette gjør at instruks vanligvis er mer konkrete og detaljerte enn forskrifter. Instruksene kan gis raskere enn forskrifter og er i større grad enn forskrifter knyttet til spesielle situasjoner. Se nærmere beskrivelse av instruksene på utlendingsfeltet i punkt 4.4.2.

3.4 Generelle vurderinger av instruksjonsmyndighet og styring i utredningen fra Ingvaldsenutvalget og i tilsynsmeldingen

Som vist i punkt 3.2, har organiseringen av statsforvaltningen gjennomgått omfattende endringer de siste to hundre årene. Ikke minst har statsforvaltningen økt i omfang og kompleksitet, noe som også har satt sitt preg på styringsforholdene.

Styringsforholdene internt i statsforvaltningen har vært gjenstand for både generelle vurderinger og mer spesielle drøftelser knyttet til de enkelte saksområdene. Utviklingen bærer også preg av spenningsforholdet mellom de konkrete behovene for styring innenfor de enkelte forvaltningsområdene og de mer prinsipielle drøftingene knyttet til hele eller større deler av statsforvaltningen.

I 1969 oppnevnte Stortinget et utvalg til å utrede konstitusjonelt ansvar og kontroll med forvaltningsorganer utenfor departementene. Utvalget fikk navn etter sin leder, stortingsrepresentant Bernt Ingvaldsen. For øvrig bestod utvalget av andre stortingsrepresentanter, deriblant Einar Gerhardsen og Lars Korvald, og en fylkesmann.

Ingvaldsenutvalget leverte sin utredning til Stortinget 13. oktober 1972. Utredningen er trykt som NOU 1972: 38 *Stortingets kontroll med forvaltningen m.v.* I utredningen peker utvalget på at regjeringen og departementet har både rett og plikt til å instruere og kontrollere organer utenfor departementene. Statsrådenes konstitusjonelle ansvar faller imidlertid bort dersom Stortinget legger forvaltningsmyndighet til et organ som ikke kan kontrolleres eller instrueres av regjeringen eller departementene.

Utvalget mente at sterke grunner talte for at regjeringen og departementet beholdt sin instruksjons- og kontrollmyndighet overfor den øvrige statsforvaltningen. Ifølge utvalget var slik myndighet nødvendig for å få gjennomført de målene som var satt for forvaltningsvirksomheten, herunder målsettinger fastsatt av Stortinget. Det kunne også være nødvendig å gripe inn i praksis eller enkeltavgjørelser som er uheldige eller urimelige for samfunnet som helhet eller for enkeltpersoner. Videre var instruksjonsmyndigheten nødvendig for å koordinere den offentlige virksomheten som var delegert ut av departementene.

Hensynet til rettssikkerheten kunne imidlertid tilsi at myndighet ble lagt til uavhengige organer. Om dette uttalte utvalget følgende:

Utvalget har heller ikke noe å bemerke til at det legges til uavhengige organer å ta avgjørelse i saker hvor sterke rettssikkerhetsgrunner taler for en slik løsning. En kontroll fra departementets side vil også ha som formål å sikre gode, rettferdige avgjørelser, men det kan virke naturlig i en del saker at en kontroll ut fra rettssikkerhetshensyn legges til organer som ikke står under en politisk overledning, sml. foran om kontrollkomisjonene etter lov om psykisk helsevern og Trygderetten.²⁸

I denne sammenheng understreket utvalget at instruksjons- og kontrollmyndigheten kunne begrenses på en rekke forskjellige måter:

²⁸ NOU 1972: 38 s. 24.

Spørsmålet vil i praksis ikke være om et organ skal gis fullstendig uavhengighet av Kongen og departementet, men om disse organers styrings- og kontrollrett bør begrenses i visse henseender.

Utenriks- og konstitusjonskomiteen kommenterte Ingvaldsensutvalgets utredning i Innst. S. nr. 277 (1976-77). En samlet komité sluttet seg til utvalgets syn på regjeringens og departementenes kontroll- og instruksjonsmyndighet. Stortinget fattet deretter følgende vedtak:

Som en hovedregel skal legges til grunn at Kongen og eventuelt også departementene skal ha instruksjons- og kontrollmyndighet over andre offentlige organer. Bli det i et forslag til lov eller stortingsvedtak foreslått at instruksjons- og kontrollmyndigheten skal være begrenset i forhold til det som er hovedregelen, må dette begrunnes i særlige hensyn.²⁹

Vedtaket ble lagt til grunn da regjeringen vurderte de statlige tilsynene i St. meld. nr. 17 (2002-2003), se også punkt 3.2.2. Meldingen vurderte både forholdet mellom tilsyn og departement og selve tilsynsrollen. Regjeringen mente det forelå særlige hensyn på tilsynsområdet og gikk inn for at tilsynene skulle ha en mer uavhengig stilling i forhold til overordnet departement. Uavhengigheten skulle sikre tydeligere roller og en klarere arbeidsdeling. På denne måten skulle tilsynene få større troverdighet og legitimitet.

Siden tilsynsområdene var så vidt ulike, var det ikke hensiktsmessig med en bestemt modell for hvordan uavhengigheten skulle organiseres. Løsningene burde heller tilpasses behovene i den enkelte sektor og de ulike sakstypene.

Regjeringen erkjente imidlertid at det kunne være nødvendig å sikre innflytelse i enkelte typer saker eller i bestemte situasjoner. I den forbindelse skisserte regjeringen mulige tiltak.

En mulighet var å gi departementet instruksjonsmyndighet på bestemte områder. Som eksempel ble det vist til departementets instruksjonsmyndighet over utlendingsforvaltningen i saker som berører rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn. Når det var vanskelig å avgrense området for instruksjonsmyndigheten, kunne en løsning være å legge myndigheten til Kongen i statsråd. Fordi statsrådsbehandling er en arbeidskrevende beslutningsform, ville terskelen for inngrep gjennom instruksjon i praksis være høy.

En annen mulighet var å gi departementet myndighet til å overta behandlingen av utvalgte saker. Dermed ble det synliggjort at saken endret karakter fra en ordinær sak undergitt tilsynets faglige uavhengige vurdering, til å bli en sak under politisk behandling. Løsningen krevde imidlertid fagkompetanse både i departementet og i tilsynet, noe som ville fordyre saksbehandlingen.

Det kunne imidlertid være vanskelig for departementet å ha oversikt over de enkelte sakene som var til behandling i tilsynet. Når dette var et problem, burde en i tillegg vurdere å legge klagebehandling og adgang til omgjøring av eget tiltak til departementet.

Meldingen inneholder en særskilt vurdering av individuelle tillatelser (konsesjoner) og forholdet til instruksjonsmyndigheten. Meldingen skiller mellom tillatelser som skal gis til alle som oppfyller klare kriterier og tillatelser som gis ut fra en skjønnsmessig vurdering. Når

²⁹ Jf. Stort. forh. 1977 s. 4077.

det gjelder førstnevnte, mente regjeringen det var tungtveiende grunner til å gi tilsynene økt uavhengighet. Når det gjaldt de mer skjønnsmessige vurderingene mente regjeringen det stilte seg annerledes. Tildelingen av slike tillatelser kunne *oppfattes som normgivende virksomhet av lignende karakter som Stortingets lovgivende virksomhet*.³⁰ Regjeringen uttalte videre:

Ved et stort og lite lovstyrt skjønnsmessig handlingsrom er det betenkelig å plassere myndigheten til å vedta slike normer i et uavhengig tilsyn med stor avstand til statens egentlige lovgiver, Stortinget. Dette argumentet gjelder i særlig grad normerende virksomhet som innebærer avveining av motstridende hensyn. I andre tilfeller vil skjønnet i større grad innebære å vurdere på faglig basis hvilke virkemidler som er best egnet til å oppnå ett avgrenset formål. På generelt grunnlag mener imidlertid regjeringen at denne type konsesjonsgivning ikke bør være gitt noen utstrakt grad av uavhengighet.

På bakgrunn av de prinsipielle vurderingene foreslo tilsynsmeldingen en rekke endringer i organiseringen av tilsynene. Videre ble det foreslått oppheving av departementets instruksjonsmyndighet og uavhengige klageinstanser på flere tilsynsområder.

Familie-, kultur- og administrasjonskomiteen kommenterte tilsynsmeldingen i Innst. S. nr. 222 (2002-2003). Komiteens flertall – alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet – sluttet seg til

*... at det er viktig både å avklare og tydeliggjøre rollen for hvert enkelt tilsyn, på samme måte å definere tydelige formål og bidra til økt faglig uavhengighet i forhold til departementene. Det siste må ikke minst avveies mot behovet for å sikre en politisk demokratisk styring med de samfunnsmessige prioriteringene.*³¹

Flertallet understreket at rammene for tilsynenes uavhengighet ikke måtte settes slik at de kommer i strid med behovet for politisk styring. Flertallet la til grunn at statsrådene uansett skulle ha ansvar for spørsmål av prinsipiell interesse og skulle kunne pålegge tilsynene å behandle nærmere bestemte saker. Flertallet gikk også inn for en omgjøringskompetanse for Kongen i statsråd:

*Flertallet legger videre til grunn at der lovmessig avskjæring av statsrådenes instruksjonsmyndighet innføres, skal det i saker av prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning være hjemmel for at Kongen i statsråd kan omgjøre tilsynets og klageinstansens vedtak.*³²

Et annet flertall viste til at den generelle diskusjonen har sine begrensninger på grunn av det betydelige mangfold som preget tilsynene både når det gjaldt formål, funksjon og departementstilknytning. En nærmere avklaring av styringsforholdene kunne derfor først finne sted i den videre omstillingsprosessen innenfor hvert enkelt tilsynsområde.

Stortingsflertallet avviste således tilsynsmeldingens forslag om standardisert organisasjonsform for tilsynene og et allment prinsipp om uavhengige klageinstanser. Hvert tilsynsområde skulle vurderes for seg.

³⁰ St. meld. nr. 17 (2002-2003) s. 31

³¹ Innst. S. nr. 222 (2002-2003) s. 26.

³² Innst. S. nr. 222 (2002-2003) s. 29.

3.5 Instruksjonsforhold på enkelte andre forvaltningsområder

3.5.1 Generelt

Utvalget gjennomgår i kapittel 2 fire hovedhensyn som skal ligge til grunn ved vurderingen av departementets styring av UNE: effektivitet, politisk styring, legitimitet og rettssikkerhet. De fire hovedhensynene har vært med på å begrunne ulike organisasjonsmodeller i statsforvaltningen.

Hovedløsningen er fortsatt den hierarkiske modellen hvor regjeringen og departementene har full instruksjonsmyndighet over underliggende organer. I tråd med Stortingets behandling av Ingvaldsenutvalgets utredning, må avvik fra denne hovedmodellen begrunnes i særlige hensyn. Som angitt av Ingvaldsenutvalget, kan slike særlige hensyn være sterke rettssikkerhetsgrunner som gjør seg gjeldende innen enkelte deler av forvaltningen. Utvalget oppgir Trygderetten og kontrollkomisjonene innenfor psykisk helsevern som eksempler på forvaltningsmyndigheter som er unntatt fra politisk styring ut fra hensyn til rettssikkerheten.

Tilsynsmeldingen viser til at fristilling og faglig uavhengighet fra departementet kan gi økt legitimitet. Meldingen har imidlertid ikke ført til omfattende endringer i styringsforholdene. Departementet er fortsatt klageinstans, og har instruksjonsmyndighet, i forhold til mange av de statlige tilsynene.

Utvalget har gjennomgått instruksjonsforholdene innen enkelte andre forvaltningsområder, se punktene 3.5.2-3.5.8. I valg av forvaltningsområder har utvalget lagt opp til en noe bredere sammenligning enn den som foretas av regjeringen i St. meld. nr. 21 (2003-2004) *Styringsforhold på utlendingsfeltet*.³³ I meldingen sammenlignes det kun med forvaltningsområder der det er opprettet uavhengige klageorgan. Etter utvalgets oppfatning er dette sammenligningsgrunnlaget for snevert.

Når det skal vurderes i hvilken grad departementet skal styre UNE, er det ikke tilstrekkelig å sammenligne med andre forvaltningsområder med uavhengig klageorgan. En slik sammenligning ville kun omfatte områder der styringsretten allerede er begrenset. Etter utvalgets oppfatning er det nødvendig med et bredere sammenligningsgrunnlag, slik at det også sammenlignes med forvaltningsområder der det tradisjonelle hierarkiet er beholdt. I den sammenheng har utvalget valgt å se på hvilke styringssystemer som er valgt på forskjellige områder som i likhet med utlendingsforvaltningen håndhever regelverk av sentral velferdsmessig betydning for den enkelte.

Oversikten viser at det er stor variasjon i hvilke løsninger som er valgt. Dette fremgår også av Statskonsults kartlegging av klagesaksbehandlingen i statsforvaltningen, publisert september 2003 i rapporten *Klager over alt – Organisering av statlig klagesaksbehandling*.

Statskonsult fant at 45 % av klagesakene ikke ble behandlet av overordnet organ, men av særskilte oppnevnte klagenemnder. I denne sammenheng ble fylkesmannens behandling av klager på kommunale vedtak holdt utenfor. Statskonsult undersøkte hvilken begrunnelse som hadde ligget til grunn for opprettelsen av de enkelte nemndene. Ifølge Statskonsult inneholdt lovforarbeidene begrenset informasjon om begrunnelsen for de forskjellige avvikene fra

³³ Se nærmere beskrivelse av meldingen i punkt 4.1.5.

hovedmodellen. Statskonsult fant i liten grad prinsipielle vurderinger av behovet for unntak. Hver ordning ble vurdert for seg.

Innenfor enkelte deler av statsforvaltningen har det imidlertid vært sterkere fokus på de interne styringsforholdene. Foruten utlendingsforvaltningen, gjelder dette særlig skatteetaten med sine klagenemnder, det statlige tilsynet med helsesektoren og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker. I den forbindelse gjengir utvalget enkelte sentrale drøftelser i punkt 3.5.4, 3.5.5 og 3.5.8.

For alle forvaltningsområdene gjelder det generelle prinsippet om domstolskontroll med forvaltningens vedtak. Klageinstansenes vedtak kan som hovedregel bringes inn for tingretten, med mulighet for anke til høyere rettsinstans. I den forbindelse kontrollerer domstolen om klageinstansens vedtak er gyldig.

3.5.2 Arbeids- og velferdsetaten

Arbeids- og velferdsetaten omfatter den statlige delen av arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV). Etaten er organisert med Arbeids- og velferdsdirektoratet som øverste ledelse. De lokale NAV-kontorene er delvis statlige og delvis kommunale, og har både statlige og kommunale oppgaver. Sentrale statlige oppgaver er forvaltning av ytelser etter folketrygden og arbeidsmarkedstiltak

Ut over plikten til å opprette lokale NAV-kontor sammen med kommunene, bestemmer direktoratet selv hvordan etaten skal organiseres. Organisasjonsmyndigheten har direktoratet brukt til å opprette en særskilt klageinstans, *NAV Klageinstans*. Denne klageinstansen har ansvaret for behandlingen av klager over vedtak fattet av Arbeids- og velferdsetatens førstelinje. NAV Klageinstans har også ansvar for faglig veiledning og kvalitetsutviklingstiltak innad i etaten, samt for å bistå med faglig utviklingsarbeide på etatens arbeidsområder. Klageinstansen er organisert i seks regioner.

Arbeids- og velferdsdirektoratet har instruksjonsmyndighet når NAV utfører de statlige oppgavene, både generelt og i enkeltsaker. Dette gjelder overfor alle underliggende enheter, også NAV Klageinstans. Departementet har instruksjonsmyndighet over direktoratet og dermed også i forhold til hele den statlige delen av NAV. Både direktoratet og departementet kan omgjøre vedtak fattet av de underliggende enhetene etter forvaltningsloven § 35.

NAV Klageinstans sine vedtak er som hovedregel endelig i saker etter andre lover enn folketrygdloven, og kan ikke påankes til Trygderetten. Dette gjelder blant annet vedtak knyttet til arbeidsmarkedstiltak. Når det gjelder saker etter folketrygdloven, er hovedregelen at vedtakene kan ankes videre til Trygderetten.

Selv om Trygderetten ikke er en domstol i vanlig forstand, er den et uavhengig organ som ikke kan instrueres av noen annet organ når den avgjør ankesakene. Trygderettens avgjørelser kan ankes til lagmannsretten. Det er gratis å få behandlet en anke for Trygderetten. Saksbehandlingen er hovedsakelig skriftlig. Det er bare når særlige grunner taler for det, at det kan avholdes muntlige forhandlinger.

3.5.3 Arbeidstilsynet

Arbeidstilsynet fører tilsyn med at arbeidsmiljøet er i samsvar med gjeldende lover og forskrifter. I den forbindelse fatter tilsynet forskjellige typer vedtak, for eksempel pålegg til arbeidsgiver om å rette opp lovstridige forhold knyttet til de fysiske eller psykososiale arbeidsmiljøet.

Arbeidstilsynet ledes av Direktoratet for arbeidstilsynet. For øvrig er tilsynet delt inn i syv regioner med tilhørende tilsynskontor spredd over hele landet.

Direktoratet for arbeidstilsynet er klageinstans for enkeltvedtak truffet av det lokale arbeidstilsyn. Departementet er klageinstans for enkeltvedtak truffet av direktoratet.

Departementet har instruksjonsmyndighet over arbeidstilsynet og kan omgjøre tilsynets vedtak etter forvaltningsloven § 35. Samme myndighet har direktoratet over regionene.

3.5.4 Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker

Fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker fatter vedtak i første instans om tiltak etter barnevernloven. Saken reises av kommunen. Vedtakene gjelder blant annet om barneverntjenesten skal overta omsorgen for et barn, samværsspørsmål og fratakelse av foreldreansvar med eventuelt samtykke til adopsjon.

Videre fatter fylkesnemnda vedtak om tiltak for barn med atferdsvansker og vedtak om tvangsinnleggelse av rusmiddelmisbrukere etter sosialtjenesteloven. Fylkesnemndene er også klageorgan for visse vedtak om bruk av tvang eller makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemming.

Forut for opprettelsen av fylkesnemndene var det diskusjon om hvor beslutningsmyndigheten i tvangssakene skulle ligge. Sosiallovutvalget (NOU 1985:18) delte seg i to, der et flertall ville opprette en nemnd på fylkesnivå, mens mindretallet ønsket å la de alminnelige domstolene behandle sakene.

For flertallet var det viktig at avgjørelsesorganet tilfredsstilte fire krav: Avgjørelsesinstansen måtte ha en selvstendig og uavhengig stilling i forhold til kommunen, fylkesmannen og departementet. Det måtte legges opp til en saksbehandling hvor partene møter med hver sine representanter og hvor sakene behandles etter grunnreglene for god saksbehandling som også gjelder for domstolene. Videre måtte avgjørelsesorganet sammensettes på en slik måte at man best mulig kunne kombinere juridisk og faglig innsikt med lekmannsskjønn, og det måtte legges opp til at sakene fikk en rask avgjørelse. For flertallet var sammensetningen av avgjørelsesorganet og saksbehandlingstid avgjørende for valget av en nemnd framfor de alminnelige domstolene.³⁴

Fylkesnemndene ble etablert som et uavhengig organ som skal arbeide etter de samme grunnleggende saksbehandlingsreglene som domstolene. Verken regjeringen eller departementet kan instruere nemnda i faglige spørsmål. Fylkesnemndas vedtak kan bare

³⁴ NOU 1985: 18 s. 293 flg.

overprøves av domstolene. Vedtakene kan bringes inn for tingretten. Adgangen til videre prøving i lagmannsretten er begrenset.

I den enkelte sak er nemnda sammensatt av tre eller fem medlemmer; en leder som er jurist, ett eller to fagkyndige medlemmer og ett eller to alminnelige medlemmer trukket fra det samme utvalget som for tingrettene. Saksbehandlingen er en partsprosess der partene møter i nemnda med hver sin prosessfullmektig. Møtet i nemnda følger mønsteret for en hovedforhandling i domstolen. Partene forklarer seg muntlig for nemnda. Bevisførselen skjer muntlig og umiddelbart for nemnda. Det er anledning til skriftlig behandling når partene samtykker til det og nemnda finner det forsvarlig.

3.5.5 Helsesektoren

Helsetilsynet i fylket (fylkeslegen) er et statlig klage- og tilsynsorgan for både kommunehelsetjenesten og sykehusene. Personer som mener de ikke får oppfylt sin rett til helsetjenester kan klage kommunens eller sykehusets beslutning inn for Helsetilsynet i fylket.

Når Helsetilsynet i fylket utøver myndighet som tilsyns- eller klageorgan, er det underlagt Statens helsetilsyn. Videre har departementet instruksjonsmyndighet over det statlige helsetilsynet, og kan omgjøre tilsynets vedtak etter forvaltningsloven § 35. Dette ble understreket i Ot. prp. nr. 43 (1991-1992) s. 21:

Det er etter departementets mening liten tvil om at den statlige helseforvaltningen bør organiseres etter forvaltningsorganmodellen. Det dreier seg i utpreget grad om å forberede og følge opp de vedtak Stortinget har truffet, f.eks. i form av tilsyn og kontroll med utøvelsen av helsetjenesten. Dette gjelder desto mer fordi det operative ansvaret for helsetjenesten er tillagt organer, kommuner og fylkeskommuner, som ikke uten videre er underlagt løpende styring fra Stortingets side. De oppgaver som er igjen på Statens side er oppgaver som etter denne funksjonsfordelingen utgjør den nasjonale styringen av den offentlige helsetjenesten.

De statlige sentrale og lokale helseorganene vil etter dette være underlagt de alminnelige budsjett-, instruksjons- og kontrollordningene. Dette innebærer bl.a at departementet kan instruere organene om utøvelsen av deres myndighet.

Ot. prp. nr. 43 gjaldt reorganisering av statlige helsemyndigheter, med blant annet forslag om nedleggelse av det daværende Helsedirektoratet. Regjeringens forslag til reorganisering fikk ikke tilslutning i Stortinget, som i hovedsak gikk inn for å videreføre eksisterende organisasjonsmodell. Helsedirektoratet ble i hovedsak beholdt, men skiftet navn til Statens helsetilsyn. Stortingets sosialkomité understreket at det fortsatt var behov for et sentralt og faglig uavhengig organ på helsefeltet.³⁵ Det var likevel klart at departementets styringsrett var i behold, også etter stortingsbehandlingen. Sosialkomiteen uttalte blant annet følgende om avveiningen mellom rettsikkerhet, faglig kompetanse og politisk styring:

Flertallet mener det er viktig at den statlige helseforvaltning ivaretar den enkelte pasients rettsikkerhet, sikrer høy faglig kompetanse i forvaltningen og sikrer kontroll- og tilsynsordninger som gjør at det kan gripes inn overfor uønskede forhold i helsetjenesten. Samtidig er det nødvendig med en forvaltning som er politisk styrbar og som er et tjenlig

³⁵ Innst. O. nr. 88 (1991-92).

arbeidsredskap for både storting og regjering. Organiseringen må være oversiktlig og det må være klare ansvarslinjer.

På enkelte områder innenfor helsesektoren er klagebehandlingen lagt til instanser som er unntatt fra regjeringens og departementets instruksjonsmyndighet. Dette gjelder særlig innenfor psykisk helsevern, der klage på tvangstiltak behandles av uavhengige kontrollkommissjoner.

3.5.6 Særlig om fylkesmannens rolle som klageinstans for kommunale vedtak

Fylkesmannen er statens representant i det enkelte fylket. Fylkesmannen har omfattende tilsynsoppgaver i forhold til kommunesektoren og behandler et stort antall klager på kommunale vedtak. Departementenes instruksjonsmyndighet over fylkesmennene er presisert i fylkesmannsinstruksen § 1 tredje ledd:

Fylkesmannen er administrativt underlagt Arbeids- og administrasjonsdepartementet.³⁶ De enkelte departementer har direkte faglig instruksjonsmyndighet over fylkesmannen innen vedkommende departements saksområde.

Den alminnelige klageordningen for kommunale enkeltvedtak følger av forvaltningsloven § 28 andre ledd:

For enkeltvedtak som er truffet av forvaltningsorgan opprettet i medhold av lov om kommuner og fylkeskommuner, er klageinstansen kommunestyret eller fylkestinget, eller etter disses bestemmelse, formannskapet eller fylkesutvalget eller en eller flere særskilte klagenemnder oppnevnt av kommunestyret eller fylkestinget. Departementet er likevel klageinstans når vedtak er truffet av kommunestyret eller fylkestinget. Vedkommende statlige organ er klageinstans når vedtak er truffet i henhold til myndighet delegert fra et statlig forvaltningsorgan.

Utgangspunktet er således at det øverste politiske organet i kommunen eller fylkekommunen er klageinstans. I en rekke saker og på mange saksfelt er det imidlertid vedtatt statlig klageinstans for de kommunale vedtakene. Dette gjelder blant annet alle enkeltvedtak i grunnskolen og de mest grunnleggende enkeltvedtakene i videregående opplæring. Oppgaven som statlig klageinstans i skolesaker er delegert fra departementet via Utdanningsdirektoratet til fylkesmannen.

Departementet har instruksjonsmyndighet over fylkesmannens klagesaksbehandling innen skolesektoren. Departementet kan også omgjøre fylkesmannens avgjørelse i de enkelte klagesakene etter forvaltningsloven § 35.

Fylkesmannen er også klageinstans for kommunale vedtak om sosiale tjenester, herunder vedtak om stønad til livsopphold fra den kommunale delen av NAV. I slike klagesaker kan fylkesmannen ikke prøve kommunens frie skjønn med unntak av tilfeller der skjønnet er åpenbart urimelig. Departementet har instruksjonsmyndighet over fylkesmannens klagesaksbehandling.

³⁶ I dag Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

3.5.7 Familiesaker

Fylkesmannen behandler saker vedrørende familieforhold. Sakene gjelder blant annet separasjon eller skilsmisse. Fylkesmannen behandler sakene som førsteinstans. Avgjørelsene kan klages inn for Barne, ungdoms- og familiedirektoratet. Departementet har instruksjonsmyndighet over fylkesmannen og direktoratet.

Barne-, ungdoms- og familieetaten behandler saker om adopsjon, etter myndighet delegert fra departementet. Etaten er organisert med fem regioner og et sentralt direktorat, Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet. Regionene avgjør adopsjonssaker i førsteinstans med direktoratet som klageinstans. Departementet har instruksjonsmyndighet og kan omgjøre vedtak etter forvaltningsloven § 35.

3.5.8 Skattesaker

Skatteetaten omfatter Skattedirektoratet og skattekontor i fem regioner. Skattekontorene fastsetter hva den enkelte skal betale i skatt. Vedtakene fra skattekontorene kan normalt påklages til Skatteklagenemnda i den enkelte region. Vedtakene fra Skatteklagenemnda kan i enkelte tilfeller overprøves av Riksskattenemnda.

Både skattekontorene og Skattedirektoratet er underordnet departementets instruksjonsmyndighet. Skattedirektoratet har tilsvarende myndighet over skattekontorene.

I Ot. prp. nr. 1 (2006-2007) s. 15 ble det understreket at Skatteklagenemnda eller Riksskattenemnda skulle ha den samme uavhengige stilling som de tidligere ligningsnemndene. Departementets instruksjonsmyndighet i forhold til ligningsnemndene ble drøftet i forbindelse med vedtakelse av ligningsloven i 1980. Drøftelsen tok utgangspunkt i Stortingets behandling av Ingvaldsenutvalgets utredning, der det hadde blitt lagt til grunn at hovedregelen om ordinær styringsrett skulle gjelde for ligningsforvaltningen. I Ot. prp. nr. 29 (1978-79) s. 54 uttalte departementet blant annet:

Spørsmålet om nemndenes plikt til å bygge sine avgjørelser på departementets oppfatning kommer i ulik stilling for skjønnsutøvelse og for spørsmål om forståelse av rettsregler.

Skjønnsutøvelsen kan ikke endres av domstolene medmindre den er vilkårlig. Det kan derfor ha avgjørende betydning for skattyteren om det er Riksskattenemnda eller departementet som har den reelle kontroll over innholdet i det endelige forvaltningsvedtak. Rettsspørsmål kan derimot prøves av domstolene. En konsekvens av instruksjonsmyndighet i rettsspørsmål vil være at det blir skattyteren istedenfor departementet som må anlegge sak for domstolene.

For rettsspørsmål er departementet kommet til at nemndene bør være bundet av de oppfatninger som er tilkjenngitt av sentrale fagmyndigheter. Den nåværende uavhengighet har riktignok virket godt, og den gir enkelte praktiske fordeler. Departementet legger likevel mer vekt på Stortingets ønske om at instruksjonsmyndigheten må gjelde der det er forsvarlig, og på hensynet til en ensartet ligning.

Skjønnsutøvelsen i ligningsforvaltningen er etter skatteloven bundet av takseringsregler på en rekke praktisk viktige områder. Mens takseringsreglene tidligere var lokalt fastsatte, som instruksjoner for ligningskontorenes saksforberedelse, er de etter hvert tatt i bruk til sentral styring, blant annet med sikte på større ensartethet i skjønnsutøvelsen over hele landet. På enkelte områder er takseringsreglene gjort ufravikelige.

Ordinær instruksjonsmyndighet overfor nemndene i skjønnsspørsmål ville innebære en ubegrenset fullmakt til å gi direktiver om et hvilket som helst skjønnsspørsmål, både generelt og i den enkelte sak. Hvis de skal gjelde for Riksskattenemnda, og domstolene ikke kan overprøve vedtakene, vil slike direktiver ha karakter av materiell lovgivning kombinert med avgjørelsesmyndighet i enkeltsaker. Den begrensede adgang til å gi bindende takseringsregler etter utkastets § 7-1 ville da bli overflødig og misvisende.

En slik myndighet for departementet finnes på andre forvaltningsområder, men neppe på noe område som år etter år har så avgjørende økonomisk betydning for tallrike skattytere. Den ville være et klart brudd med den tradisjon som foreligger i vårt skattesystem, og som er hovedbegrunnelsen for å bruke nemnder i ligningsforvaltningen.

Departementet mener at det vil kunne få en tilfredsstillende innflytelse på skjønnsutøvelsen gjennom den foreslåtte adgang til å gi takseringsregler, fagetatens rådgivende saksforberedelse og adgangen til å bringe nemndsavgjørelser inn for høyere nemnd. Det foreslås derfor ikke noen adgang til å instruere nemndene om den skjønnsutøvelse de skal foreta innenfor rammen av lov og forskrifter. Utkastets § 2-9 er utformet i samsvar med disse standpunkter.

Stortinget var imidlertid ikke enig i at departementet skulle ha myndighet til å instruere om lovtolkningen. Stortinget gikk inn for at ligningsnemndene skulle være uavhengige både når det gjaldt skjønnsutøvelse og lovtolkning. Under stortingsbehandlingen ble det særlig vist til at nemndene var folkevalgte organer, hensynet til rettssikkerheten og hensynet til lokale forhold.³⁷

De samme begrensningene i departementets styringsrett må også legges til grunn i forhold til Skatteklagenemnda og Riksskattenemnda. Skattedirektoratet kan imidlertid i visse tilfeller kreve at Riksskattenemnda overprøver Skatteklagenemndas vedtak. Videre kan departementet bringe klagenemndenes avgjørelser inn for domstolene til prøving av lovtolkningen og faktavurderingene.

3.5.9 Oppsummering

Utvalget har ikke kunnet foreta noen fullstendig gjennomgang av styringsforholdene på andre forvaltningsområder. Gjennomgangen ovenfor er imidlertid tilstrekkelig til å bekrefte bildet av en statsforvaltning der organisasjons- og tilknytningsformen er valgt ut fra konkrete behov innenfor den enkelte sektor. Det klare utgangspunktet er imidlertid hierarkimodellen med full departemental styringsrett over underliggende organer.

På enkelte områder er det etablert uavhengige organer. Graden av og type uavhengighet er ulik for de forskjellige organene. Det er også noe variasjon i hvilken begrunnelse som er benyttet for å gjøre unntak fra departementets styringsrett. Et fellestrekk er imidlertid at hensynet til rettssikkerhet for den enkelte har stått sentralt ved opprettelsen av uavhengige klageorganer.

En sammenligning av behovene innenfor de enkelte sektorene, gir ikke noe felles norm for når det velges uavhengige klageinstanser og når det velges full styringsrett for departementet. Det er heller ikke noen felles norm for graden av uavhengighet. Vekting av forskjellige

³⁷Innst. O. nr. 44 s. 13 (1979-80) s. 7.

hensyn, som for eksempel hensynet til politisk styring og rettssikkerhet, har variert fra sektor til sektor og over tid.

Det er derfor liten grunn til å benytte valg av uavhengig klageinstans på enkelte andre forvaltningsområder som et vesentlig argument mot departemental instruksjonsmyndighet over UNE. Se også utvalgets vurderinger i kapittel 5 og 6.

4. Bakgrunn

4.1 Tidligere vurderinger av instruksjonsmyndigheten på utlendingsfeltet

4.1.1 Opprettelsen av direktorat som førsteinstans – departementet klageinstans

Fremmedlovutvalget, som i 1977 ble nedsatt for å revidere fremmedloven, foreslo i sin utredning endringer i myndighetsorganene, jf. NOU 1983: 47. Behandlingen av saker etter loven lå da til flere organer. Politiet traff vedtak i første instans om oppholdstillatelse for visumfrie utlendinger, om avvisning, bortvisning og utvisning. Statens utlendingskontor, som var en selvstendig myndighet under Justisdepartementet, var første instans ved blant annet søknader om visum og arbeidstillatelser, og forberedte søknader om asyl. Justisdepartementet avgjorde søknader om asyl i første instans.

Klager over vedtak fattet av politiet ble behandlet av Statens utlendingskontor. Justisdepartementet var klageinstans for vedtak truffet av Statens utlendingskontor, og hadde instruksjons- og omgjøringskompetanse overfor underordnede organer. Vedtak fattet av departementet i asylsaker, kunne klages inn for Kongen i statsråd, som også kunne omgjøre vedtak av eget tiltak.

Kongen i statsråd var generelt ansvarlig for utlendings- og innvandringspolitikken. Stortinget fastla hovedretningslinjene gjennom behandlingen av stortingsmeldinger og gjennom lovgivning og bevilgninger.³⁸

Fremmedlovutvalget foreslo at Statens utlendingskontor ble omdannet til et utlendingsdirektorat, samtidig som det skulle utbygges vesentlig og tillegges flere oppgaver og ansvar. Forslaget innebar i store trekk en sentralisering av nesten alle avgjørelser i første instans til direktoratet. Justisdepartementet skulle ha kompetanse til å gi forskrifter, til å instruere underordnede organer, behandle klagesaker og saker om omgjøring av vedtak. Kongen i statsråd skulle ha myndighet til å instruere underordnede organer, til å behandle klagesaker og saker om omgjøring av vedtak i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige regler. Utvalget foreslo at Stortinget skulle forelegges forskriftene og retningslinjer for praksis på utlendingsfeltet.

Parallelt med utvalget foretok de involverte departementene en utredning av en større samordning på feltet. I 1986 fattet regjeringen en prinsippbeslutning om at alle oppgavene skulle samles i et utlendingsdirektorat.

Ordringen med behandling av søknader om asyl i departementet ble ansett som betryggende, men fremmedlovutvalget foreslo likevel at sakene ble flyttet ut av departementet. Sakene skulle imidlertid ikke behandles av direktoratet. I stedet foreslo utvalget å opprette en uavhengig nemnd for behandling av asylsaker i første instans, Flyktningememnden. Nemnda skulle ha tre medlemmer, med henholdsvis juridisk, utenrikspolitisk og sosialpolitisk bakgrunn. Sekretariat for nemnda skulle være direktoratet. Justisdepartementet ble foreslått

³⁸ Jf. Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) s. 46-47.

som klageinstans, fordi sakene ble ansett for å reise altfor mange politiske spørsmål til at det var ønskelig å gjøre domstolene til klageorgan.

Den foreslåtte Flyktningnemnden skulle være et uavhengig organ og skulle ikke på forhånd kunne instrueres, hverken generelt eller konkret, av Justisdepartementet, noe annet departement eller Regjeringen.³⁹ Uavhengigheten innebar også at departementet ikke kunne omgjøre vedtak på eget initiativ. Kongen i statsråd ville kunne gi forskrifter om arbeidsform og saksbehandling, en myndighet som kunne delegeres til departementet. Departementet ville være avskåret fra å gi materielle bestemmelser av betydning for nemndas rettsanvendelse og skjønnsutøvelse. Utover å kunne omgjøre vedtak etter klage, ville den eneste form for styringsmiddel departementet ville ha, være gjennom mindretallsanke, det vil si at et mindretall i nemnda kunne bringe en sak inn for departementet. Dette kunne benyttes når det var behov for å få avgjort prinsippsspørsmål for å gi veiledning for senere praksis.

Et flertall i utvalget foreslo at en del av oppholdssakene skulle undergis domstolsbehandling i stedet for forvaltningsklage. Retten skulle kunne prøve alle sider av saken, også det skjønsmessige, på samme måte som et overordnet forvaltningsorgan. Avgjørelsene i by- og herredsretten skulle kunne påankes, men anken skulle gå rett til Høyesterett. Flertallet mente at dette forslaget forente en rekke av de kryssene hensynene som ble ansett å gjøre seg gjeldende.

Mindretallet (to medlemmer) mente at et spesialisert forvaltningsorgan ville ha betydelig større kunnskaper og bedre forutsetninger for å treffe vedtak enn det en domstol har. Det ene utvalgsmedlemmet foreslo opprettelse av en egen klagenemnd.

Ved behandling av NOUen og fremleggelse av forslag til ny lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, utlendingsloven, støttet Justisdepartementet forslaget om å omdanne Statens utlendingskontor til et utlendingsdirektorat.⁴⁰ Departementet ønsket en ensartet behandling av samme type saker, og fant at en samling av kompetansen ville være egnet til å sikre en høyere kvalitet i saksbehandlingen og derigjennom økt rettsikkerhet.

Departementet gikk ikke inn for utvalgets forslag om at forskrifter skulle forelegges Stortinget. Selv om det ble ansett som unødvendig, gikk departementet inn for å fastslå i loven at hovedprinsippene for regulering av innvandringen skal godkjennes av Stortinget.

Forslaget om å ha en nemnd som førsteinstans i asylsaker ble lagt til side. Det ble vist til erfaringene med klagenemnd i Danmark. En nemnd var ressurskrevende og betinget av et lite antall saker, på grunn av nemndas begrensede kapasitet. Videre mente departementet at en nemnd som førsteinstans med departementet som klageinstans, ikke kunne bli noe uavhengig organ; *Det ville bli et forvaltningssystem uten sammenheng hvis en underordnet instans forutsetningsvis skulle være upåvirket i sin generelle praksis av avgjørelser i det høyere organet.*⁴¹ I stedet for mindretallsanke burde man følge de vanlige forvaltningsrettslige regler om overordnet organs instruksjonsmyndighet. Departementet konkluderte med at også flyktningssakene burde legges til Utlendingsdirektoratet i første instans.

Departementet vurderte om det burde opprettes et frittstående forvaltningsorgan for klagesakene, da det ble ansett som det eneste reelle alternativet til forslaget om å bringe

³⁹ Jf. NOU 1984: 47 s. 361.

⁴⁰ Jf. Ot. prp. nr. 46 (1986-1987).

⁴¹ Jf. Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) s. 105.

klager direkte inn for domstolene. Til fordel for opprettelse av klagenemnd ble det vist til at departementet ville bli avlastet for enkeltsaker, samt at sakene ville bli behandlet av personer med en annen bakgrunn. Det ble trukket frem at medlemmene av nemnda i Danmark har vervet i tillegg til det yrket de har. Departementet mente at en nemnd ville ha sin største berettigelse om medlemmene har arbeidet som et bierverv.

Av mothensyn trakk departementet frem at det ville bli vanskelig å finne tilstrekkelig med personer som ville ha tid til et slikt bierverv med relativt hyppige møter, samt at saksbehandling i kollegiale organer passer dårlig for saker som haster. Videre ville nemnda måtte ha et sekretariat, hvor saksforberedelsen måtte være grundig for at systemet skulle fungere; *Å benytte departementet til dette kan ikke komme på tale⁴², og det ville være en liten heldig løsning å la Utlendingsdirektoratet fungere som sekretariat for sitt eget klageorgan.⁴³*

Departementet falt ned på at departementet burde være klageinstans i alle saker som ble avgjort av direktoratet i første instans:

Innenfor vårt politiske system gjør det seg gjeldende klare prinsipielle betenkeligheter ved å overføre myndighet til frittstående forvaltningsorganer som er unndratt styring gjennom regjering og departement. Dette vil gjelde i særlig grad på et område som er gjenstand for så sterk interesse som sakene etter utlendingsloven er. Dette sammen med de kostnader et slikt organ ville medføre og faren for at saksgangen ville bli sen, har gjort at en har funnet at en bør basere seg på vanlig forvaltningsmessig klagebehandling.⁴⁴

Utlendingsdirektoratet (UDI) ble opprettet 1. januar 1988. UDI fikk ansvaret for behandling av saker i første instans, en myndighet som for noen tilfeller ble delegert til politiet og utenriksstasjoner. Justisdepartementet ble klageinstans for vedtak fattet i UDI som første instans.

4.1.2 Forslag om opprettelse av klagenemnd

I mars 1994 ble et interdepartementalt utvalg nedsatt av regjeringen for å utrede spørsmålet om å opprette en uavhengig klagenemnd. Antall klagesaker hadde økt sterkt og medførte også økt antall forespørsler til departementet i forbindelse med sakene. Tre alternativer ble vurdert; utlendingsnemnd, asylnemnd og utvidet asylnemnd. Utvalget fant at en utlendingsnemnd var det beste alternativet, jf. rapport av 1. oktober 1994. Nemnda skulle behandle klager over alle vedtak i utlendings saker som da ble behandlet i departementet.

Forslaget ble fulgt opp i høringsbrev av 8. september 1995, hvor departementet foreslo å opprette Utlendingsnemnda til å behandle alle klager over vedtak i utlendings saker. Etter høringen la departementet frem lovforslag om endringer i utlendingsloven og opprettelse av Utlendingsnemnda, jf. Ot. prp. nr 38 (1995-1996). Forslaget om å opprette en klagenemnd ble blant annet gitt slik begrunnelse:

Det er i utakt med den generelle forvaltningspolitiske utviklingen at et så stort antall vedtak i enkeltsaker som det her er tale om, treffes av departementet. Ifølge St.meld. nr. 35 (1991-1992) om statens forvaltnings- og personalpolitikk skal departementene i hovedsak være

⁴² I Danmark er imidlertid sekretariatet til Flygtningenævnet formelt ansatt i Integrationsministeriet.

⁴³ Jf. Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) s. 152.

⁴⁴ Jf. Ot. prp. nr. 46 (1986-1987) s. 152.

sekretariater for politisk ledelse og utøve sektorpolitikken på departementets ansvarsområde. Faglige spesialfunksjoner og enkeltsaksbehandling skal i hovedsak håndteres av forvaltningsorganer utenfor departementene.⁴⁵

Av betydning var også utviklingen i de andre nordiske landene. Sverige hadde fått klagenemnd i utlendingssaker som trådte i funksjon 1. januar 1992. Ett år senere ble en nemnd klageinstans for asylsakene i Finland. I Danmark hadde man siden 1984 hatt klagenemnd, i likhet med i Finland, kun for asylsakene.

Stortinget hadde lagt klare føringer for i hvilken grad adgangen til å overføre myndighet til uavhengige organer skulle benyttes. Hovedregelen var at regjeringen og departementene skulle ha instruksjons- og kontrollmyndighet overfor andre organer, se punkt 3.4.

Departementet mente imidlertid at det *gjør seg gjeldende særlige hensyn ved utlendingssaker som kan tilsi at det her innføres en spesiell form for klagebehandling.*⁴⁶ Det ble vist til at det i stor utstrekning er tale om særdeles inngripende vedtak, samt at det er saker som ofte blir påklaget og mer enn vanlig blir bestridt av presse, lokalsamfunn, politiske partier med videre. Rettssikkerheten ble ansett for å være ivaretatt med departementet som klageinstans, men et hovedpoeng med en nemnd var likevel å gi søkerne et bedre rettsvern. Det ble vist til at rettssikkerhet ikke bare forutsetter at regler faktisk blir fulgt, men også at klagere og opinionen har en tillit til at det skjer:

Det må antas at domstolene generelt sett nyter større tillit som nøytral avgjørelsesmyndighet i enkeltsaker enn forvaltningen. Av dette må det kunne sluttet at et domstolslignende organ som er uavhengig av departementet, vil kunne oppnå større tillit hos klagerne og opinionen enn det som er tilfellet med dagens klageinstans.⁴⁷

Videre ble det fremhevet at utlendingssaker ofte innebærer utøvelse av forvaltningsskjønn og domstolene har begrenset mulighet til å overprøve skjønnsutøvelsen. Innføring av en nemnd ville innebære at skjønnsutøvelsen flyttes til et organ som ikke har like klare lovlige politiske og/eller økonomiske interesser i utfallet av saken som departementet. En klagenemnd ville også kunne oppnå større autoritet og tillit enn departementet, fordi den ville stå fjernere fra direktoratet. Opprettelse av en nemnd ville videre innebære at departementets administrative og politiske ledelse ville kunne bruke mer tid på generelle oppgaver i stedet for enkeltsaker.

4.1.3 Særlig om departementets instruksjonsmyndighet

Et uavhengig klageorgan ville medføre endringer i departementets myndighet til å styre:

Etter departementets oppfatning vil det være uforenlig med opprettelsen av en frittstående klagenemnd å beholde den samme muligheten til politisk styring med enkeltsakene på utlendingsfeltet som en har i dag. Dersom en først oppretter en nemnd, ligger det implisitt i ordningen at både lovtolkning, skjønnsutøvelse og avgjørelsen av enkeltsaker bør overlates til nemnden. I tillegg til at det ville være uholdbart for nemnden å måtte rette seg etter politiske instruksjoner om dette, ville det være uholdbart at justisministeren skulle ha myndighet til å gripe inn på disse områdene. Departementet foreslår at hovedregelen skal være at nemnden

⁴⁵ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 1.

⁴⁶ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 9.

⁴⁷ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 10.

verken skal kunne instrueres om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker.⁴⁸

Departementet mente det var grunn til også å endre styringsforholdene overfor direktoratet:

Det er underlagt departementet og kan i dag instrueres både om lovtolking, skjønnsutøvelse og avgjørelsen av enkeltsaker. Mens dette er logisk når departementet er klageorgan for direktoratets vedtak, blir situasjonen imidlertid en annen når det er Utlendingsnemnden som er klageinstans. For eksempel ville motstridende signaler fra departementet og nemnden skape problemer. En slik situasjon ville bl.a. oppstå dersom departementet instruerte direktoratet om en bestemt lovtolking eller skjønnsutøvelse, eller om å avslå en bestemt søknad, mens nemnden kom til et annet resultat i klageomgangen, idet den ikke ville være bundet av en slik instruks. En ville også kunne risikere at nemnden likevel følte seg bundet av instruksjonen, eller i hvert fall at det oppsto mistanke om det.⁴⁹

Departementet vurderte om nemnda i spesielle tilfeller burde kunne instrueres av Kongen i statsråd både når det gjaldt lovtolking, skjønnsutøvelse og avgjørelsen av enkeltsaker, men gikk ikke inn for en slik ordning. Departementet viste til følgende begrunnelse: *Avgjørende for departementets standpunkt har vært ønsket om å sikre reell uavhengighet for nemnda og størst mulig grad av likebehandling for klagerne.⁵⁰*

Hovedregelen ville etter dette være at verken direktoratet eller nemnda skulle kunne instrueres om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker. De foreslåtte endringene innebar at den politiske styringen på feltet måtte skje gjennom lov og forskrift. Departementet kommenterte til dette:

Tiden som går med til å gjennomføre endringer, er en ulempe ved å være henvist til denne formen for styring. Dette henger sammen med plikten til høring i forbindelse med lov- og forskriftsendringer. I spesielle tilfeller er det imidlertid adgang både til å sette kortere høringsfrist enn normalt og holde høringsmøter.⁵¹

Hovedregelen skulle kunne fravikes overfor begge instanser når hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn gjorde seg gjeldende, med den begrunnelse at politiske avveininger her står sentralt. Departementet ville kunne gi generell instruks og instruks i den enkelte sak og instruksjonen ville kunne gjelde både saksbehandlingen og utfallet av saken.

I tillegg skulle departementet kunne instruere om prioritering av saker. Departementet foreslo i høringsbrevet at denne myndigheten kun skulle gjelde overfor direktoratet, men fant etter høringen at departementet må kunne instruere alle ledd i utlendingsforvaltningen om prioritering av saker. Departementet uttalte:

Instruksjon om prioritering av saker omfattes av regjeringens myndighet til å instruere underliggende organer. Det er likevel klart at jo mer uavhengig et organ er, jo mer forsiktig må en være med å utøve denne myndigheten.⁵²

⁴⁸ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 10.

⁴⁹ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 10.

⁵⁰ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 12.

⁵¹ Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 12.

⁵² Jf. Ot. prp. nr. 38 (1995-1996) s. 13.

Myndighet til å instruere Utlendingsnemnda om prioritering av saker ble ansett for å ha en side til instruksjonsmyndigheten når det gjelder budsjettstyring, herunder krav til effektivitet. I tildelingsbrevet ville det bli stilt krav til saksbehandlingstid for ulike sakstyper og i det ligger også krav til prioritering mellom sakstyper. Myndigheten kunne videre unntaksvis bli brukt ved å stille saker i bero ved overveielser om bruk av kollektiv beskyttelse eller i påvente av forskriftsendring.

Da forslaget kom til Stortinget var det ikke flertall i justiskomiteen for å opprette en nemnd til å behandle alle klagesaker etter utlendingsloven, jf. Innst. O. nr. 24 (1996-1997) av 3. desember 1996. Flertallet gikk inn for at det ble opprettet en nemnd som kun skulle behandle asylsaker. Nemnda skulle være et domstolslignende organ og kalles Flyktningnemnda.

Flertallet i komiteen uttalte følgende om departementets styring av en klagenemnd:

Skal ei klagenemnd få den tilliten ein ynskjer, må ho etter fleirtalet sitt syn vera så sjølvstendig som råd er. Dette får verknad både for høvet til å instruera/påverka og for samansetjinga av nemnda.

Fleirtalet er samd i at nemnda ikkje skal kunna instruerast korkje om lovtolking, skjønnsutøving eller i einskildsaker. Skal nemdna vere uavhengig, må den politiske styringa avgrensast.

...

Fleirtalet ser at oppretting av ei flyktningnemnd vil endra rolledelinga mellom Utlendingsdirektoratet og departementet. Fleirtalet vil difor føreslå at heller ikkje Utlendingsdirektoratet skal kunne instruerast om lovtolking, skjønnsutøving, eller avgjerder i einskildsaker innanfor Flyktningnemnda sitt arbeidsområde.⁵³

4.1.4 Ny behandling i Stortinget – opprettelsen av UNE

Som følge av de store endringene i regjeringens forslag, ble saken sendt tilbake til regjeringen for nærmere avklaring og ny vurdering. Departementet ble bedt om å se hen til evaluering av ordningene i våre naboland og å sende saken på ny høring.

I høringsbrev av 19. desember 1997 foreslo departementet som alternativ én, opprettelse av Flyktningnemnda til hovedsakelig å behandle klager over vedtak i asylsaker. Som alternativ to ble foreslått Utlendingsnemnda til å behandle alle klager over vedtak etter utlendingsloven, som den gang ble behandlet i departementet.

Av de høringsinstansene som tok stilling til spørsmålet, mente et stort flertall at en utlendingsnemnd var det beste forslaget. Dette var i tråd med departementets syn. Rettssikkerheten ville bli best mulig ivaretatt ved en nemnd som behandler alle utlendingssaker, idet nemnda måtte forutsettes å gi økt legitimitet til vedtakene i alle typer saker. Departementet ville kunne bruke mer tid på generelle oppgaver og det var i overensstemmelse med en ønsket forvaltningspolitisk utvikling å frigjøre departementet for enkeltsaksbehandling. Videre var det vanskelig å avgrense flyktningnemndas arbeidsområde på en hensiktsmessig måte.

⁵³ Jf. Innst. O. nr. 24 (1996-1997) s. 3.

I Ot. prp. nr. 17 (1998-1999) ble utlendingsnemnd fremmet som alternativ én og Stortinget ble bedt om å slutte seg til dette forslaget. Flyktingnemnd ble foreslått som alternativ to.⁵⁴

Departementets styring av Utlendingsnemnda og direktoratet ble foreslått begrenset på samme måte som i forslaget som ble fremmet i Ot. prp. nr. 38 (1995-1996).⁵⁵ Ved en flyktingnemnd ville det bare være på saksområdet til nemnda at instruksjonsmyndigheten over direktoratet ville være tilsvarende begrenset.

Flertallet i justiskomiteen delte nå regjeringens syn om at en generell utlendingsnemnd var det beste alternativet, jf. Innst. O. nr. 42 (1998-1999). Flertallet understreket at den viktigste grunnen til å opprette en utlendingsnemnd var å styrke rettssikkerheten:

*Det dreier seg ikke bare om den reelle rettssikkerheten, men også hvilken oppfatning av rettssikkerheten den enkelte har. Et nøytralt, uavhengig, domstolslignende organ som klageinstans vil sannsynligvis i større grad ha mulighet til å kunne forvalte en rettferdig likebehandling i tråd med regelverket enn det dagens ordning har. Det er også sannsynlig at færre saker vil bli reist for domstolene når det er et domstolslignende organ som er ankeinstans.*⁵⁶

Komiteens medlemmer fra Fremskrittspartiet og Høyre var, som ved den tidligere behandlingen, i mot begge forslagene:

*Disse medlemmene viser til at det her er snakk om vanskelige og prinsipielle avgjørelser. Regjeringen og den ansvarlige statsråd bør ikke kunne fraskrive seg ansvaret for disse avgjørelsene ved å overlate dem til en nemnd. En ordning med en nemnd vil komplisere Regjeringens politiske ansvar overfor Stortinget på en uheldig måte.*⁵⁷

Flertallet hadde ikke merknader til departementets forslag til begrensninger i styringsadgangen.

Utlendingsnemnda (UNE) begynte sin virksomhet 1. januar 2001. Kommunal- og regionaldepartementet hadde da overtatt ansvaret for utlendingslovgivningen fra Justisdepartementet og UNE ble administrativt og økonomisk underlagt Kommunal- og regionaldepartementet.

Departementet skulle fortsatt være klageinstans for vedtak fattet av UDI etter lov om statsborgerskap (lov 8. desember 1950 nr. 3 om norsk riksborgerrett). Som overordnet organ hadde departementet full instruksjonsrett over UDI i statsborgersaker. Departementet kunne dermed instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse, saksbehandling, hvilket faktum som skulle legges til grunn, samt utfallet i enkeltsaker.

⁵⁴ I proposisjonen ble det redegjort for klageordningene i Sverige, Danmark og Finland, uten at erfaringene ser ut til å ha hatt betydning for departementets anbefalinger.

⁵⁵ Forslaget til endringer i utlendingsloven § 38 første og annet ledd lød:

Departementet kan instruere om lovtolking og skjønnsutøvelse når det gjelder hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn, og om avgjørelsen av enkeltsak som innbefatter slike hensyn. For øvrig kan departementet verken instruere om lovtolking, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker.

Departementet kan instruere om prioritering av saker.

⁵⁶ Jf. Innst. O. nr. 42 (1998-1999) s. 6.

⁵⁷ Jf. Innst. O. nr. 42 (1998-1999) s. 6.

4.1.5 Endringer i styringsforholdene fra 2005

Etter tre år med UNE fant regjeringen at det var behov for å gjeninnføre noe av den politiske styringen som var blitt avgitt ved opprettelsen av det uavhengige klageorganet. Forslag til endringer ble fremsatt i St. meld. nr. 21 (2003-2004) *Styringsforhold på utlendingsfeltet*, parallelt med at forslag til lovendringer i utlendingsloven ble sendt på høring.

I stortingsmeldingen ble behovet for endringer gitt slik begrunnelse:

*Målet er å få eit betre samsvar mellom politiske mål og prioriteringar og praksis i utlendingsaker. Utlendingslova opnar for ein utstrakt bruk av skjønn. Det fins døme på at dette skjønnet er blitt nytta slik at avgjerder ikkje har vore i samsvar med politiske mål og prioriteringar. I somme tilfelle har praksis vore for liberal, i andre tilfelle for restriktiv.*⁵⁸

Regjeringen mente at det var behov for raskere og bedre styringsmidler:

*I innvandrings- og flyktningpolitikken er det ofte nødvendig med raske tiltak på bakgrunn av dramatiske hendingar ute i verda, eller fordi politikken i land i nærområdet vårt blir lagd om. Å endra lov og/eller forskrifta vil ofte vere tidkrevjande i slike situasjoner. I tillegg er det eit problem at ei regelendring kjem i ettertid og såleis ikkje kan rette opp praksis som departementet finn uheldig i konkrete saker. Lover og forskrifter kan heller ikkje vere så detaljerte og uttømmende at dei dekkjer alle slags saker.*⁵⁹

Til støtte for forslaget om mer politisk styring, ble det vist til at departementet på flere tilsvarende samfunnsområder kan instruere et underordnet organ som behandler enkeltsaker som førsteinstans. *Regjeringa meiner at det også bør gjelde på eit så viktig og politisk sensitivt område som utlendingspolitikken.*⁶⁰

Ordningen i et par land det ble ansett nærliggende å sammenligne seg med, viste at det ikke var vanlig at departementet gir fra seg så mye av kontrollen som en hadde gjort i Norge. Videre ble det ansett som problematisk at det på flere saksområder kunne utvikle seg ulik praksis mellom eller innenfor UDI og UNE, en risiko som er størst der det er rom for skjønn.

Regjeringen fant at generell instruksjonsmyndighet over direktoratet, ville være det mest effektive verktøyet for å sikre at praksisen ble mest mulig i samsvar med politiske mål og prioriteringer. Det tidligere motargumentet om at instruksjoner kan medføre raske og lite gjennomtenkte praksisendringer, ble ikke tillagt avgjørende vekt.

Myndighet til å instruere om lovtolkning og skjønnsutøvelse ville være et effektivt styringsredskap, ettersom instruksjoner kan gis raskt og være detaljregulerende i en helt annen grad enn lov og forskrift. Å gi generelle instruksjoner om faktavurderinger, som for eksempel om hvordan situasjonen i et land skal forstås, ble derimot ansett som lite hensiktsmessig.

Generell instruksjonsmyndighet ble imidlertid ikke ansett som tilstrekkelig for å føre kontroll med praksisen i UDI. Muligheten for å føre kontroll med enkeltvedtak måtte vurderes, ettersom avgjørelser i enkeltsaker kan få betydning for lignende saker. Regjeringen vurderte flere muligheter og fant å ville innføre en ordning som gjør at positive vedtak – det vil si

⁵⁸ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 1.

⁵⁹ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 1.

⁶⁰ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 6.

vedtak som innvilger søknaden – kan bli vurdert på nytt. Positive vedtak fra direktoratet hadde ingen rett til å påklage, hvilket innebar at de ble endelige og aldri gjenstand for kontroll.

Regjeringen fant at departementet burde kunne bringe et positivt vedtak i direktoratet, inn for UNE. Departementet skulle ikke kunne styre utfallet av saken og heller ikke være part i saken. UNE ville gi en prinsipputtalelse som ville få betydning for tilsvarende saker. Enkeltvedtaket kunne ikke oppheves eller settes til side, med mindre det viste seg å være ugyldig.

Regjeringen mente at det også var ønskelig å se på mer styring over vedtak fattet av UNE: *Det kan også vere ønskjeleg å innføre styringsreiskapar som kan medverke til å sikre ein einsarta praksis og ein praksis som er i samsvar med politiske mål og prioriteringar. På den andre sida bør ein vere svært tilbakehalden med å innføre tiltak som kan rokke ved UNE si uavhengige stilling og den tilliten ålmenta har til organet.*⁶¹

Regjeringen vurderte ulike tiltak for å få kunne styre praksis og vedtak i UNE, men ville avvente innspill fra høringsinstansene før det ble tatt stilling til forslagene.

I kommunalkomiteen var det flertall for forslaget om at departementet skulle kunne gi UDI generelle instruksjoner om lovtolking og skjønnsutøvelse, jf. Innst. S. nr. 219 (2003-2004). Saksbehandlingen av enkeltsaker skulle fortsatt holdes utenfor departementet:

*Samtidig mener flertallet det er viktig at det politiske ansvar tydeliggjøres og at det er samsvar mellom politiske mål og praktiseringen av utlendingsloven. Den foreslåtte endringen ivaretar disse to hensyn. Flertallet mener det likevel er fare for at presset mot politiske myndigheter vil øke noe som en følge av denne endringen.*⁶²

Lovforslag om endringer i styringsforholdene ble fremmet i Ot. prp. nr. 31 (2004-2005). I begrunnelsen for endringene ble det vist til behovet for tiltak som kan bidra til å sikre at praksis i utlendingsforvaltningen er mer i overensstemmelse med politiske mål og prioriteringer, som angitt i stortingsmeldingen. Utfordringen var å gi statsråden større innflytelse på praksis, uten å gå tilbake til situasjonen slik den var før 2001:

*Det er ikke ønskelig at departementet skal forestå behandlingen av enkeltsaker, og det ville være i strid med den forvaltningspolitiske utviklingen å bringe denne oppgaven tilbake til departementet.*⁶³

I tråd med forslaget i stortingsmeldingen ble det fremmet lovforslag som innebar at departementet ville få adgang til å gi UDI generelle instruksjoner om lovtolking og skjønnsutøvelse. Det ble presisert at denne adgangen også ville gjelde overfor politi, utenriksstasjoner m.m., når de utøver myndighet etter utlendingsloven.

Av høringsinstansene som hadde uttalt seg om dette forslaget, var nesten samtlige negative. Departementet påpekte at flere av høringsinstansene som var negative til forslaget, gjentatte ganger hadde skrevet til statsråden med appell om å gripe inn i enkeltsaker.

⁶¹ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 18.

⁶² Jf. Innst. S. nr. 219 (2003-2004) s. 8.

⁶³ Jf. Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) s. 6.

Flere av høringsinstansene mente at praksisendringer på utlendingsfeltet burde skje gjennom lov- og forskriftsendringer, først og fremst fordi høringer sikrer en demokratisk prosess med åpenhet og konsekvensutredninger. For det andre sikrer forskriftsformen at reglene er lettere tilgjengelig enn gjennom brev og rundskriv. Videre sikrer forskriftsregulering større rom for overveielser og refleksjon, og dermed mindre risiko for raske og uoverveide praksisendringer.

Departementet understreket at instruksjonsmyndigheten ikke ville gjøre lov- og forskriftsarbeidet overflødig. Når departementet skal instruere må det holde seg innenfor rammen av det storting og regjering har bestemt, noe som vil innebære klare skranker for hva slags praksisendringer som kan foretas gjennom instruks. Videre ble det fremhevet at det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunkt er at overordnet organ har instruksjonsmyndighet. Notoritet og tilgjengelighet ville være sikret ved at generelle instruksjoner normalt gis i skriftlig form. I tillegg uttalte departementet:

Det fremstår uansett som lite hensiktsmessig at departementet skal være tvunget til å endre loven eller forskriften for å styre praksis i en annen retning, når hjemmelsgrunnlaget er tilstrekkelig, men departementet for eksempel er uenig i tolkningen av regelverket eller mener at et tolkningsalternativ er å foretrekke fremfor et annet, eller søker å skape en mer ensartet praksis. Instruksjoner om lovtolkning og skjønnsutøvelse vil være instruksjoner om hvordan et eksisterende regelverk skal anvendes.⁶⁴

Flere høringsinstanser ga uttrykk for at rettssikkerheten for den enkelte talte mot instruksjonsmyndighet, og dette ble anført å være særlig tungtveiende der vurderingen av om en tillatelse skal gis beror på et lovbundet skjønn. Departementet påpekte at instruksjoner må ligge innenfor det som er bestemt i lov og når loven overlater lite skjønnsrom til forvaltningen, vil det være tilsvarende lite rom for instruksjoner. Videre trakk departementet frem andre aspekter ved rettssikkerheten. Det ble vist til at instruksjoner kan gjøre det lettere for søkeren å kontrollere om forskjellsbehandling har funnet sted, samt at instruksjoner vil bidra til å sikre en mest mulig ensartet forvaltningspraksis.

Departementet påpekte at instruksjonsmyndigheten ikke kan utøves i strid med internasjonal rett og menneskerettigheter. Videre var departementet ikke enig med de høringsinstansene som mente at man burde avstå fra å bruke politisk styring i form av instruksjonsmyndighet, fordi utlendingsfeltet i stor grad er preget av internasjonale forhold. Tvert i mot ble dette ansett for å være et argument som talte for slik myndighet, ettersom det ofte er nødvendig med raske tiltak på bakgrunn av dramatiske verdenshendelser eller omlegging av politikken i land i vårt nærrområde.

Flere høringsinstanser mente at praksisendringer på bakgrunn av instruksjon nærmest utelukkende ville være politisk begrunnet og brukt for å begrense innvandringen. Departementet understreket at instruksjoner like gjerne kan brukes til å liberalisere, samt at det ikke trenger å være motsetning mellom en politisk og en rettssikkerhetsmessig begrunnelse. Som eksempel ble nevnt at instruksjonsmyndighet kan brukes for å gjøre praksis ensartet, noe som fremmer likebehandling.

I tillegg til instruksjonsmyndighet, fremmet departementet lovforslag om adgang for departementet til å bringe et positivt vedtak fattet i direktoratet inn for ny vurdering i UNE. Departementet mente at tiltaket ikke ville rokke ved UNEs uavhengighet og departementets avstand til saksbehandlingen. Videre ble det ansett for å sikre toinstansbehandling i omstridte

⁶⁴ Jf. Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) s. 14.

saker og fremme likebehandling i forvaltningen. En toinstansbehandling av både negative og positive vedtak ville også i større grad synliggjøre behov for lov- eller forskriftsendringer.

På bakgrunn av behovet for mer styring vurderte departementet flere tiltak for økt kontroll med praksis og styring i UNE. I høringsbrevet ble følgende mulige tiltak skissert:

- Adgang for departementet til å gi generelle instruksjoner til UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse.
- Adgang for departementet til å instruere i enkeltsaker.
- Adgang for departementet eller regjeringen til å avgi prinsipputtalelse i enkeltsaker.
- Adgang for departementet til å omgjøre UNEs vedtak.
- Adgang for departementet til å bringe UNEs vedtak inn for domstolene.

Departementet fant at det ikke burde innføres en adgang for departementet til å gi UNE generelle instruksjoner eller instruksjon om utfallet av enkeltsaker. Det ble vist til at det ikke var vanlig for departementet å ha slik myndighet over uavhengige klageorgan på andre forvaltningsområder. Andre hensyn talte også mot utvidelse av instruksjonsadgangen:

Hensynet til rettssikkerhet og tillit var sentrale momenter ved opprettelsen av UNE. I denne sammenheng ble UNEs uavhengighet og integritet ansett som en forutsetning. En utvidet instruksjonsadgang vil lett kunne komme i konflikt med slike hensyn. Dette gjelder både for generelle instruksjoner om skjønnsutøvelse, rettsanvendelse og faktavurderinger, og instruksjoner om avgjørelse i enkeltsaker.

...

Et annet viktig hensyn bak opprettelsen av UNE var at departementet ikke lenger skulle belastes med enkeltsaker. Det ble antatt at departementet da ville få tid til å vie de generelle sidene av utlendingspolitikken større oppmerksomhet. Videre ble økt likebehandling fremholdt som en gevinst. Dersom instruksjonsadgangen overfor UNE utvides, er risikoen stor for at presset knyttet til enkeltsaker delvis vender tilbake.⁶⁵

Departementet påpekte at med en adgang til å instruere direktoratet om praksis og ikke UNE, vil UNE kunne komme til et annet resultat enn det som fremgår av departementets instruks.

En praksis i UNE i strid med departementets ønsker, vil i mange tilfelle eventuelt kunne møtes ved at departementet ber om at alle lignende saker stilles i bero, og at man deretter benytter anledningen til å lov- eller forskriftsfeste den praksis man ønsker.⁶⁶

Forslaget om å la departementet eller regjeringen avgi prinsipputtalelse i enkeltsaker var basert på den svenske ordningen, hvor regjeringen kunne få innvirkning på praksis ved at Migrationsverket eller Utlänningsnämnden av eget tiltak la enkeltsaker frem for regjeringen for prinsipputtalelse. Det var relativt få slike saker som ble lagt frem for regjeringen. Departementet mente at en slik ordning ikke var ønskelig og viste til at det ville komme i strid med UNEs uavhengighet og legitimitet dersom departementet eller Kongen i statsråd kunne avgi prinsipputtalelse i enkeltsaker som er til behandling og som UNE må rette seg etter. Se nærmere redegjørelse i punkt 6.2.

⁶⁵ Jf. Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) s. 26.

⁶⁶ Jf. Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) s. 26.

De samme argumentene som talte mot å gi departementet generell instruksjonsmyndighet over UNE, ble ansett for å gjøre seg gjeldende i forhold til en adgang for departementet til å omgjøre vedtak av eget tiltak. En slik ordning var etter det departementet kunne se også svært uvanlig.

Departementet kom til at det burde innføres en adgang for departementet til å bringe vedtak fra UNE inn for domstolene, men da kun positive vedtak. Samfunnsmessige hensyn talte for en slik ordning. Som eksempel ble nevnt en innvilgelse i UNE som får betydning for mange likeartede saker og dermed økonomiske konsekvenser, eller en omgjøring av et vedtak om utvisning pga straffbare forhold, som har betydning for kriminalitetsbekjempelse.

I motsetning til de andre forslagene ble denne ordningen ikke ansett for å gripe inn i UNEs uavhengighet. Departementet viste til at retten vil foreta en nøytral, rettslig overprøving av vedtaket. Retten vil bare kunne vurdere hvorvidt vedtaket er gyldig og ikke overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse.

I kommunalkomiteen var det flertall for å innføre adgang for departementet til å gi generelle instruksjoner til UDI om lovtolkning og skjønnsutøvelse, jf. Innst. O. nr. 68 (2004-2005). Komiteens flertall hadde blant annet følgende merknader:

Et annet flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre, Sosialistisk Venstreparti, Kristelig Folkeparti og Senterpartiet, viser til at da Stortinget vedtok å flytte klagebehandlingen av enkeltsaker fra departementet til UNE i 2001, var dette blant annet begrunnet i det store presset stortingspolitikere og fagstatsråder opplevde. Dette flertallet mener det er viktig at saksbehandlingen av enkeltsaker fortsatt holdes utenfor departementet. Samtidig mener dette flertallet det er viktig å tydeliggjøre det politiske ansvaret. Det er også viktig at det er samsvar mellom politiske mål og praktiseringen av utlendingsloven. Dette flertallet er derfor opptatt av at viktige rettsprinsipper, demokratiske spilleregler og forutsigbarhet er viktige elementer i en human flyktning- og asylpolitikk.

Komiteens flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre og Kristelig Folkeparti, mener at den foreslåtte endringen ivaretar disse hensyn. Det vil etter flertallets mening likevel være en viss fare for at presset mot politiske myndigheter øker noe som en følge av denne endringen.

Et annet flertall, medlemmene fra Arbeiderpartiet, Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig Folkeparti, mener at en generell instruksjonsmyndighet vil gjøre det lettere å gripe inn for å endre praksis der det er ønskelig. Dette flertallet mener dessuten at generelle instruksjoner vil være velegnet for å sikre mest mulig ensartet forvaltningspraksis, forhindre forskjellsbehandling og ivareta rettsikkerheten til den enkelte søker.⁶⁷

Endringene i utlendingsloven trådte i kraft 9. september 2005.⁶⁸

Ny lov om statsborgerskap trådte i kraft 1. september 2006 og UNE ble klageinstans også for søknader om norsk statsborgerskap. Frem til da hadde departementet vært klageinstans for vedtak fattet av UDI etter lov om statsborgerskap og departementet hadde full instruksjonsmyndighet overfor UDI, jf. punkt 4.1.4. Endringene i styringsforholdene på utlendingsfeltet ble også gjennomført for statsborgersakene. Den nære sammenhengen mellom statsborgerloven og utlendingsloven var begrunnelsen for at også styringssystemet

⁶⁷ Jf. Innst. O. nr. 68 (2004-2005) s. 4.

⁶⁸ Jf. lov 10. juni 2005 nr. 50.

burde være likt. Ot. prp. nr. 71 (2004-2005) side 10 inneholder likevel en særskilt drøftelse av forholdene på statsborgerfeltet:

Lett tilgjengelige regler om statsborgerskap tilsier at reglene fremgår av lov og forskrift. Det kan likevel være behov for utfyllende instruks, f.eks. ved uforutsett uklarhet om hvordan en bestemmelse i lov eller forskrift skal forstås. Ved instruks kan direktoratet få svar på generelle spørsmål raskt, i stedet for å måtte vente på lov eller forskriftsendring før saker behandles. Instruks om regel forståelse vil bidra til at like tilfeller behandles likt.

Mange av hensynene som talte for å innføre generell instruksjonsmyndighet i utlendingsloven, gjør seg likevel ikke gjeldende med samme styrke på statsborgerfeltet. Det er for eksempel ikke samme grunn til å sikre politisk styring med praktiseringen av statsborgerloven. Dramatiske hendelser i verden tilsier sjelden raske tiltak når det gjelder statsborgerskap. Det er likevel det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunkt at overordnet organ har instruksjonsmyndighet, og departementet opprettholder derfor i sin helhet forslaget i høringsbrevet om generell instruksjonsmyndighet overfor UDI.

4.1.6 Graver-kommisjonen

Regjeringen oppnevnte ved kgl. res. 7. april 2006 en uavhengig kommisjon for å granske enkelte spørsmål i tilknytning til UDIs behandling av 182 søknader om arbeidstillatelse fra nordirakere. Søkerne hadde tidligere hatt midlertidig tillatelse som ikke dannet grunnlag for bosettingstillatelse eller familiegjenforening (MUF-tillatelse).

I sin rapport vurderte kommisjonen styringsforholdene, jf. NOU 2006: 14 *Gransking av Utlendingsdirektoratet* kapittel 14. Kommisjonens drøfting av om den faglige instruksjonsmyndigheten burde utvides eller begrenses, gjengis her i sin helhet:

Det er på det rene at departementets adgang til å gi Utlendingsdirektoratet generelle instruks om lovtolkning og skjønnsutøvelse, som i utgangspunktet ikke er bindende for Utlendingsnemnda, kan lede til at det utvikler seg en forskjellig praksis i to sentrale organer i utlendingsforvaltningen. At dette ikke utelukkende er en teoretisk mulighet, illustreres av ulikhetene i behandlingen av irakerne med midlertidige og begrensede arbeidstillatelser forut for vedtakelsen av den midlertidige forskriften.

For å unngå de ulemper en slik forskjellsbehandling kan føre med seg, er det gitt regler om at Utlendingsnemnda skal settes som stornemnd ved behandlingen av «saker av prinsipiell betydning, saker med store samfunnsmessige eller økonomiske konsekvenser og saker på områder der det er tendenser til ulik praksis», jf. utlendingsforskriften § 141 a. Men selv om et klagevedtak av stornemnda vil være retningsgivende for direktoratets fremtidige praksis i tilsvarende saker, vil det ikke være til hinder for at direktoratet senere legger om sin praksis i mer liberal eller mer restriktiv retning, eventuelt etter instruks fra departementet.

En måte å unngå slike forskjeller på, kan være å gi departementets myndighet til å instruere Utlendingsnemnda. I forarbeidene til loven ble som nevnt en slik løsning oppfattet som «uforenlig med opprettelsen av en frittstående klagenemnd» jf. Ot.prp. nr. 17 (1998-99) s. 17. De hensyn som departementet her antyder, og som Stortinget sluttet seg til i Innst. O. (1995-96) s. 3, har imidlertid størst bærekraft når det gjelder behandling av enkeltsaker. Det er ikke uten videre gitt at adgang til å gi generelle instruks om lovtolkning og skjønnsutøvelse, støter an mot tilsvarende mothensyn. Spørsmålet kan iallfall ikke løses gjennom en henvisning til at

Utlendingsnemnda er en «frittstående klagenemnd», for graden av uavhengighet kan være større eller mindre. Det beror på en ren hensiktsmessighetsvurdering hvor omfattende uavhengigheten i et konkret tilfelle bør være.

Instruksjer om lovtolking og skjønnsutøvelse vil kunne bidra til å sikre en ensartet praksis innenfor sentrale deler av utlendingsforvaltningen, uten å gripe inn i nemndas behandling av enkeltsaker. Isolert sett er dette en fordel. Samtidig har nemnda særlige forutsetninger for «ivareta rettssikkerheten i enkeltsaker, herunder hensynet til likebehandling», slik departementet pekte på i Ot.prp. nr. 38 (1995-96) s. 3. En side av dette er at nemnda over tid, gjennom sin sammensetning og spesialiserte funksjon, vil være særlig kvalifisert til å ta stilling til rettslige spørsmål på utlendingsfeltet. Etter kommisjonens oppfatning taler dette for å holde fast ved den ordning at departementet ikke kan binde Utlendingsnemnda gjennom generelle instruksjer om lovtolkingsspørsmål.

Når det derimot gjelder spørsmålet om departementet bør gis adgang til å instruere om skjønnsutøvelsen i utlendingssaker, er løsningen mindre opplagt. Det er ikke først og fremst en rettslig oppgave å vurdere om en søknad om opphold på humanitært grunnlag bør innvilges, dersom lovens vilkår først er oppfylt. Prinsipielt sett springer slike beslutninger ut av rene politiske overveielser, og de bør av den grunn i en viss utstrekning være politisk forankret. Man kan da hevde at det heller ikke bør være opp til Utlendingsnemnda å avgjøre om man innenfor lovens ramme skal føre en liberal eller en restriktiv utlendingspolitikk. En slik utvidelse av instruksjonsadgangen vil innebære at statsråden kan gjøres politisk ansvarlig for praksis i utlendingssaker, og det kan i sin tur bidra til demokratisk legitimitet. Samtidig er det utvilsomt hensyn som taler for at Utlendingsnemnda bør ha full prøvingsrett, og det kan undertiden være vanskelig å trekke noe skarpt skille mellom rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

En annen måte å unngå at det oppstår spenning mellom de instruksjer departementet gir og den praksis som Utlendingsnemnda utvikler gjennom behandlingen av klagesaker, er å begrense adgangen til å gi generelle instruksjer om lovtolking og skjønnsutøvelse. En slik begrensning vil innebære at departementet ikke kan instruere på annen måte enn gjennom lov og forskrift. I enkeltsaker kan departementet dessuten bringe Utlendingsdirektoratets vedtak inn for Utlendingsnemnda og nemndas vedtak inn for domstolene etter reglene i utlendingsloven § 38 fjerde ledd og § 38 a sjette ledd.

Det er neppe uvanlig at direktorater nyter en viss selvstendighet i faglige spørsmål. En begrensning av instruksjonsmyndigheten vil etablere et klarere skille mellom politikk og administrasjon enn det dagens mellomløsning bidrar til. Samtidig foreligger det utvilsomt et legitimt behov for fleksible styringsinstrumenter på utlendingsfeltet. Siden Stortinget nettopp har tatt stilling til hvor omfattende instruksjonsmyndigheten bør være, antar kommisjonen at det inntil videre er uaktuelt å foreta noen av de endringene som her er skissert, og finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dem. Det er imidlertid ikke til å komme fra at den løsning som nå er valgt, i en viss utstrekning åpner for styring uten ansvar.⁶⁹

⁶⁹ Jf. NOU 2006: 14 s. 82-83.

4.1.7 Ny utlendingslov

Utvalget som ved kgl. res. av 14. desember 2001 ble nedsatt for å utarbeide forslag til ny utlendingslov, Utlendingslovutvalget, drøftet ikke styringsforholdene. Det fremgikk av utvalgets mandat at utvalget skulle legge til grunn de organer som da behandlet utlendingssaker og at utvalget ikke skulle vurdere ansvarsdelingen mellom departementet på den ene siden og øvrige organer når det gjaldt kompetansen i enkeltsaker.

I sin utredning, NOU 2004: 20 *Ny utlendingslov*, viste utvalget til at Kommunal- og regionaldepartementet hadde lagt frem en stortingsmelding med forslag til betydelige endringer i styringsforholdene. Utvalget påpekte at forslagene, med noen få unntak, ikke berørte ansvarsdelingen mellom organene.⁷⁰

Departementet vurderte ved fremleggelse av lovforslaget om ny utlendingslov, jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007), om det var behov for å styrke departementets styring av praksisutviklingen gjennom en utvidet instruksjonsmyndighet. Departementet bemerket at det særlig i forhold til praksis på asylfeltet var et sterkt press for å sikre politisk styring. Ettersom spørsmålet om hvem som har rett til opphold som flyktninger styres av konvensjonsforpliktelser, ville det i første rekke være i forhold til skjønnsrommet ved avgjørelse av spørsmålet om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag, at en instruksjonsadgang for departementet ville ha praktisk interesse.

Departementet hadde merket seg Graver-kommisjonens vurderinger av at det ikke var noe prinsipielt til hinder for en instruksjonsadgang overfor UNE i forhold til skjønsspørsmål og at de beslutninger som ligger til grunn for praksis på feltet er av politisk art. Departementet var enig i at det ut fra demokratihensyn kunne argumenteres for at statsråden burde ha større ansvar. Videre uttalte departementet:

Det er grunn til å vurdere nærmere den praktiske betydningen av at UNE ikke er bundet av departementets instruks. Hvis departementet instruerer UDI om å føre en praksis som innebærer at flere saker innvilges på et felt, vil UNE i utgangspunktet ikke motta saker som berøres av instruksene, fordi de vil bli innvilget av UDI. UNE vil imidlertid kunne motta saker som er avslått av UDI og der klageren anfører at det burde ha vært innvilget en tillatelse som følge av instruksene. Både i disse tilfellene og der UNE har til behandling klagesaker som UDI har behandlet etter tidligere praksis, vil UNE i utgangspunktet avgjøre sakene på basis av regelverket uavhengig av instruksene. Det kan likevel ikke uten videre slutes at instruksene og den virkning den har for UDIs vedtak overhodet ikke har betydning for UNE, selv om instruksene ikke er forpliktende for UNE. Ved den skjønsmessige vurderingen vil det blant annet være relevant for UNE å se hen til praksis i direktoratet og prinsipper om likebehandling. Det kan også være at instruksene gir uttrykk for resonnementer og hensyn som beslutningstakerne i UNE vil finne aktuelle for den vurderingen de selv skal foreta selv om instruksene som sådan ikke er bindende.

I første rekke vil det derfor være i de situasjoner hvor departementet gir instruks til UDI om å stramme inn praksis at det kan få praktisk betydning at instruksene ikke er bindende for nemnda. Departementet har ikke samme nærhet til enkeltsakene som UNE, og ut fra rettssikkerhetshensyn er det gode grunner som taler for at man bør bevare muligheten for at UNE kan overprøve rimeligheten av departementets instruks. Det vises til at UNEs adgang

⁷⁰ Jf. NOU 2004: 20 s. 331.

til å overprøve departementets instruksjoner var et vesentlig poeng når flertallet i komiteen gikk inn for å gi departementet instruksjonsrett overfor UDI, jf. Innst.O.nr.68 (2004-2005):

« Flertallet vil fremholde at det på andre forvaltningsområder er normalt at departementet kan instruere førsteinstansen. Rettssikkerheten ivaretas på utlendingsfeltet særskilt gjennom ordningen med et uavhengig klageorgan. »

Departementet mener videre at det er relevant at det i 2005 ble opprettet en ordning med en stornemnd som blant annet er tenkt å behandle « (s)aker av prinsipiell betydning ». I bl.a saker hvor UNE vurderer å fatte vedtak som ikke er i samsvar med de instruksjoner som er gitt fra departementet til UDI, kan det være aktuelt med behandling i stornemnd. Dersom departementet ønsker å fastholde sin instruks til UDI til tross for at UNE har fattet vedtak om en annen praksis, må departementet eventuelt styre gjennom lov- eller forskriftsendring.

Departementet vil videre påpeke at økt mulighet for innflytelse for departementet når det gjelder saksvurderingene, også kan innebære et press i retning av at departementet skal gå inn og vurdere konkrete enkeltsaker og ikke bare prinsipielle spørsmål som enkeltsakene kan illustrere. Med økt styringsadgang følger det også et større behov for å gå inn i konkrete vurderinger i praksis for å vurdere om styringsadgangen skal anvendes.⁷¹

Departementet viste også til at humanitære organisasjoner hadde understreket betydningen av at nemndene, med legfolk, må ha anledning til å vurdere sakene uten klare føringer for skjønnsanvendelsen.

Departementet konkluderte med at instruksjonsadgangen ikke burde utvides:

Etter en avveining av ulike hensyn, som politisk styring, effektivitet, rettssikkerhet og likebehandling, har departementet kommet til at det er riktig å holde fast ved grunnprinsippene for dagens organisering på utlendingsfeltet. Departementet skal ikke behandle enkeltsaker, men styre politikken på feltet. Etter en totalvurdering mener departementet at den løsningen som er valgt i dagens lov med henblikk på instruksjonsadgang overfor UDI men ikke UNE, gir en god balanse mellom behovet for politisk styring og hensynet til rettssikkerhet og UNEs uavhengighet og legitimitet. På bakgrunn av at man foreløpig har svært kort erfaring med dagens organisering av styringsforholdene og ordningen med stornemnd, mener departementet i likhet med granskningskommisjonen at det på det nåværende tidspunkt ikke fremstår som hensiktsmessig å foreslå grunnleggende endringer for Stortinget. Departementet vil imidlertid foreta en løpende vurdering av erfaringene fremover i denne sammenheng.

Departementet foreslo imidlertid en presisering:

Departementet har for øvrig valgt å foreslå en omformulering av bestemmelsen i gjeldende lov § 38 første ledd, slik at det kommer tydeligere fram at departementet med de unntak som er fastsatt i bestemmelsen, har alminnelig instruksjonsadgang i forhold til de underordnede organene UNE og UDI. Det foreslås ingen endringer i bestemmelsens innhold.⁷²

I eget høringsbrev foreslo departementet at det gis myndighet til å instruere UDI og UNE om å utsette iverksettelsen for en kategori av saker eller søkere, i påvente av endringer i regelverket. Man ville da ikke være avhengig at det i saker hvor det var fattet endelig vedtak

⁷¹ Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 302-303.

⁷² Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 302-303.

måtte fremmes en omgjøringsanmodning før departementets instruks om berostillelse fikk virkning og det kunne treffes beslutning om utsatt iverksettelse. Departementet opprettholdt forslaget etter høringen og inntok bestemmelsen i forslaget til ny utlendingslov.

Ved behandling av forslaget til ny utlendingslov i Stortinget ba kommunalkomiteen Regjeringen vurdere å nedsette et offentlig utvalg for å vurdere om klagesaksmodellen er den beste for å ivareta både politisk styring, rettssikkerhet, likebehandling og rask og effektiv saksbehandling, jf. Innst. O. nr. 42 (2007-2008).

Komiteens flertall støttet forslaget om å gi departementet adgang til å instruere om utsatt iverksettelse.

4.2 Gjeldende rett

4.2.1 Innledning

Utlendingsloven og statsborgerloven fastsetter unntak fra de alminnelige styringsforholdene i statsforvaltningen. Departementets adgang til å bestemme i saker om statsborgerskap, oppholdstillatelse, flyktningsstatus, utvisning, ut- og innreise og reisebevis og utlendingspass er begrenset av særskilte lovbestemmelser. Begrensningene i departementets kompetanse til rettslig styring gjelder i forhold til alle utlendingsmyndighetene, selv om begrensningene er mest omfattende i forhold til UNE.

Etter endringene i departementsstrukturen fra 1. januar 2010 tilligger ansvaret for utlendingsloven som sådan Justis- og politidepartementet, mens Arbeidsdepartementet har forskriftsmyndighet og annet forvaltningsansvar etter enkelte lovbestemmelser (arbeidsinnvandring og innreise og opphold for utlendinger omfattet av EØS-avtalen eller EFTA-konvensjonen). Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet har fått ansvaret for statsborgerloven. Hovedansvaret for utlendingsforvaltningen tilligger Justis- og politidepartementet.

I punkt 4.2.2 gis det en oversikt over hvilke begrensninger som gjelder for departementets rettslige styring av andre utlendingsmyndigheter enn UNE. I punkt 4.2.3 gir utvalget en tilsvarende oversikt over instruksjonsforholdet mellom departementet og UNE. Videre gjennomgår utvalget de særlige lovreglene om departementets styring av saksbehandlingen i punkt 4.2.4 og styringsforholdet mellom UNE og UDI i punkt 4.2.6.

I to typer utlendingssaker har departementet full instruksjonsmyndighet. Dette gjelder saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn (sikkerhetssaker) og saker om innreisetillatelse for overføringsflyktninger. Se nærmere framstilling i punkt 4.2.5.

I tilknytning til begrensningene i instruksjonsmyndigheten er det fastsatt særskilte regler om departementets adgang til å få overprøvd positive vedtak⁷³ i UDI og UNE. Utvalget gir en oversikt over reglene i punkt 4.2.7.

⁷³ Vedtak som innvilger søknaden.

Departementets rettslige styring av utlendingsforvaltningen kan bestå av forskrifter, rettslig bindende instruksjoner, avgjørelser som klageinstans i enkeltsaker og omgjøring av enkeltvedtak uten klage. Siden departementet som hovedregel ikke kan gripe inn i enkeltsaker og fordi det er etablert en særskilt klagenemnd, er forskrifter og generelle instruksjoner de mest aktuelle styringsredskapene. Instruksene kan være knyttet til lovforståelsen, skjønnsutøvelsen, faktum og saksbehandlingen.

Det er viktig å merke seg at departementets rettslige styring alltid må holde seg innenfor lovens rammer. Departementet har ikke adgang til å instruere utlendingsforvaltningen om å opptre i strid med loven. Videre viser utvalget til at departementets styring av utlendingsforvaltningen også skjer på mange andre måter enn ved juridiske virkemidler.

4.2.2 Departementets instruksjonsmyndighet overfor UDI, politiet og utenriksstasjonene mv.

UDI er et forvaltningsorgan underordnet regjeringen og det aktuelle fagdepartementet. Utgangspunktet er derfor at regjeringen og departementet kan instruere UDI om alle sider av virksomheten, både administrative og økonomiske forhold og utøvelse av offentlig myndighet. Det samme utgangspunktet gjelder også når politiet og utenriksstasjonene utfører oppgaver etter utlendingslovgivningen.

Utlendingsloven og statsborgerloven fastsetter enkelte unntak fra det generelle utgangspunktet om instruksjonsmyndighet.

Etter utlendingsloven § 76 andre ledd og statsborgerloven § 28 første ledd er departementet avskåret fra å instruere de forskjellige utlendingsmyndighetene om avgjørelsen av de enkelte sakene. Departementet kan for eksempel ikke gripe inn i UDIs vurdering av om den enkelte søknad om oppholdstillatelse skal innvilges eller ikke. Departementet kan heller ikke behandle og avgjøre sakene selv. Oppgaven som klageinstans for UDIs vedtak er lagt til UNE, mens UDI er klageinstans for vedtak fattet av utenriksstasjonene eller politiet.

I forhold til de enkelte sakene, har departementet verken instruksjonsmyndighet, kompetanse som klageinstans eller kompetanse til å omgjøre saker uten klage.

Begrensningene knyttet til enkeltsaker gjelder vedtak etter utlendingsloven eller statsborgerloven. Formålet med å innføre en slik begrensning var å fjerne muligheten for politisk styring med enkeltsakene på utlendingsfeltet.⁷⁴ Beslutninger etter andre lover enn utlendingsloven eller statsborgerloven må derfor i utgangspunktet falle utenfor begrensningene i departementets instruksjonsmyndighet. Departementet har således full instruksjonsmyndighet i forhold til blant annet offentleglova og arkivloven.

Vanskeligere er spørsmålet om instruksjon når beslutningen etter andre lover er en del av behandlingen av den enkelte utlendingssaken. I noen tilfeller kan en slik instruks innebære en delvis overprøving av UDIs avgjørelse i en konkret utlendingssak. Lovgiver har ment at UDI skal være uavhengig i den konkrete vurderingen av de enkelte utlendingssakene. Denne uavhengigheten kan sette grenser for hvor langt departementet kan gå i å styre enkeltbeslutninger knyttet til den enkelte sak.

⁷⁴ Se blant annet Ot. prp. nr. 17 (1998-99) s. 17 og Ot. prp. nr. 31 (2004-2005) s. 56.

Loven fastsetter ingen andre begrensninger i departementets instruksjonsmyndighet. Dette er også tydeliggjort gjennom henvisningen til den generelle instruksjonsmyndigheten i utlendingsloven § 76 andre ledd.⁷⁵ Med unntak for vurderingen av de enkelte utlendingssakene, har derfor departementet full instruksjonsmyndighet over UDI. Departementet kan også gi generelle instruksjoner til politi og utenriksstasjonene når det gjelder utøvelse av myndighet etter utlendingsloven.

Departementets generelle instruksjonsmyndighet gjelder også i forhold til vurderinger og vedtak etter andre lover enn utlendingsloven og statsborgerloven. Departementet kan for eksempel gi instruksjoner til UDI om tolkningen av forvaltningsloven og offentleglova.

Videre kan departementet gi generelle instruksjoner om saksbehandlingen og de faktiske forholdene som utlendingsmyndighetene legger til grunn for sine vedtak. Blant annet kan departementet gi instruks om hvilket faktum som skal legges til grunn knyttet til den generelle sikkerhetssituasjonen i asylsøkernes hjemland.

St. meld. nr. 21 (2003-2004) lå til grunn for opprettelsen av Landinfo, som er utlendingsforvaltningens enhet for landkunnskap. I meldingen side 26 uttaler departementet at *Landinfo bør vere fagleg uavhengig, det vil seie at korkje departementet, direktoratet eller nemnda skal ha instruksjonsmynde, utover instruksjonar som gjeld administrative forhold og prioritering av saker.*

4.2.3 Departementets instruksjonsmyndighet overfor UNE

Departementets instruksjonsmyndighet i forhold til UNE har et annet utgangspunkt enn instruksjonsmyndigheten i forhold til de andre utlendingsmyndighetene. Styringen kan ikke i samme grad bygge på et overordnings- og underordningsforhold mellom departementet og UNE. Selv om enkelte uttalelser i lovforarbeidene betegner UNE som et underordnet organ⁷⁶, er det klart at lovgiver har ment å gi UNE en stor grad av uavhengighet i sin rolle som klagebehandler. Dette utgangspunktet er lovfestet i utlendingsloven § 77 første ledd:

Utlendingsnemnda avgjør som et uavhengig organ de sakene som er lagt til den i § 76 første og fjerde ledd.

Lovens forarbeider understreker særlig UNEs uavhengige stilling ved avgjørelse av enkeltsaker.⁷⁷ I følge lovforarbeidene er konsekvensen av dette at departementet er henvist til å styre gjennom lov- og forskrift.

Et noe annet utgangspunkt er lovens § 76 andre ledd med forarbeider. Her understrekes departementets alminnelige instruksjonsadgang, både i forhold til UDI og i forhold til UNE. Lovens § 76 andre ledd tar utgangspunkt i den alminnelige instruksjonsmyndigheten:

Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan heller ikke instruere Utlendingsnemnda om lovtolkning eller skjønnsutøvelse. Departementet kan instruere om prioritering av saker.

⁷⁵ Jf. også Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 437.

⁷⁶ Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) side 303 og Ot. prp. nr. 17 (1998-99) s. 84.

⁷⁷ Jf. blant annet Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 438.

Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 436-437 gir følgende kommentar til § 76 andre ledd:

Bestemmelsen i annet ledd er en omformulering av gjeldende lov § 38 første ledd. Det alminnelige utgangspunktet i forvaltningsretten er at departementet som overordnet organ har instruksjonsadgang med mindre instruksjonsadgangen er innskrenket. I likhet med bestemmelsen i gjeldende lov § 38 første ledd, er det fastsatt i lovutkastet at departementet ikke kan instruere om avgjørelsen av enkeltsaker, og at departementet heller ikke kan instruere UNE om lovtolkning eller skjønnsutøvelse. I motsetning til i gjeldende lov er det også inntatt en henvisning til departementets alminnelige instruksjonsadgang for å tydeliggjøre at det er dette som er utgangspunktet, og at bestemmelsen skal tolkes antitetisk. Bestemmelsen er derfor ikke til hinder for at departementet for eksempel kan gi UDI generelle instruksjoner om lovtolkning og skjønnsutøvelse eller at departementet kan gi generelle instruksjoner til både UDI og UNE om saksbehandlingen.

Lovens § 76 med forarbeider legger således opp til full instruksjonsmyndighet som om departementet var UNEs overordnede, når loven ikke bestemmer noe annet. Det presiseres også at departementet kan gi UNE generelle instruksjoner om saksbehandlingen.

Lovens understrekning av UNEs uavhengige stilling gjør det imidlertid uklart om utgangspunktet i § 76 andre ledd med forarbeider kan gjelde fullt ut. Visse begrensninger kan følge av lovbestemmelsen om UNEs uavhengige stilling i § 77.

I praksis får denne uklarheten mindre betydning. De viktigste delene av instruksjonsmyndigheten er avskåret gjennom klare lovbestemmelser i § 76 andre ledd. Departementet kan ikke instruere UNE om avgjørelsen av den enkelte klagesaken eller gi generelle instruksjoner om UNEs lovtolkning eller skjønnsutøvelse.

I forhold til de enkelte utlendingssakene, har departementet verken instruksjonsmyndighet, kompetanse som klageinstans eller kompetanse til å omgjøre saker uten klage.

På samme måte som for UDI, vil UNEs beslutninger etter andre lover enn utlendingsloven eller statsborgerloven i utgangspunktet falle utenfor begrensningene i departementets instruksjonsmyndighet. Departementet har således full instruksjonsmyndighet i forhold til blant annet offentleglova og arkivloven. Det er imidlertid grunn til å være mer tilbakeholden når den rettslige styringen kan få innvirkning på UNEs avgjørelse av enkeltsaker, se tilsvarende drøftelse i forhold til UDI i punkt 4.2.2.

Blant annet har det vært vurdert om departementet er klageinstans for UNEs vedtak om saksomkostninger etter forvaltningsloven § 36. Justisdepartementets lovavdeling mente det var usikkert om det kan klages til departementet i slike tilfeller, mens Sivilombudsmannen mente det var en slik klagerett.⁷⁸ Spørsmålet ble løst ved en egen forskriftsbestemmelse om at UNEs vedtak om saksomkostninger ikke kan påklages.⁷⁹

⁷⁸ Jf. Lovavdelingens uttalelser av 9. oktober 2001 og 12. mai 2003, Sivilombudsmannens årsmelding 2002 side 223.

⁷⁹ Jf. forskrift 15. desember 2006 til forvaltningsloven § 34 tredje ledd bkst. b

4.2.4 Særlig om departementets styring av saksbehandlingen

Departementets generelle kompetanse til å styre UDI omfatter også generelle instruksjoner om saksbehandlingen. Dette gjelder i hovedsak også i forhold til UNE, se punkt 4.2.3.

Utlendingslovgivningen inneholder likevel presiseringer av departementets myndighet til å bestemme prioritering av saker og at behandlingen av enkelte sakstyper skal stilles i bero.

Utlendingsloven § 76 andre ledd og statsborgerloven § 28 først ledd presiserer at departementet kan instruere både UNE og UDI om prioritering av saker. Departementet kan blant annet bestemme at UNE og UDI skal stoppe behandlingen av en viss type saker. Hensikten med bestemmelsen er å gi departementet anledning til å stoppe en uønsket praksis inntil nødvendige lov- eller forskriftsendringer er vedtatt. Utlendingsloven inneholder imidlertid ikke noen vilkår for en slik stopp i saksbehandlingen. Departementet står derfor i utgangspunktet fritt til å bestemme saksbehandlingsstopp eller andre former for prioritering av sakene. UNE og UDI har på sin side plikt til å rette seg etter det departementet har bestemt.

Forvaltningsloven setter likevel grenser for hvor lenge saker kan ligge på vent uten en rimelig begrunnelse. Det vises til forvaltningsloven § 11a som pålegger forvaltningen å behandle sakene uten ubegrunnede opphold.

En særskilt regel om å legge saker på vent er gitt i utlendingsloven § 33. Departementet kan bestemme at asylsøknader skal stilles i bero i inntil 12 måneder når det er utsikt til snarlig forbedring i det området søkeren kommer fra.

Departementet kan også bestemme at iverksettingen av vedtak innenfor en bestemt sakstype skal utsettes. Dette er presisert i utlendingsloven § 90 syvende ledd som fastsetter at en slik instruksjon kan gis i påvente av lov- eller forskriftsendringer. For eksempel kan det gis instruksjon om at iverksetting av alle saker som gjelder barn skal utsettes inntil nødvendige regelendringer er vedtatt. Instruksjonsmyndigheten gjelder både i forhold til UNE og UDI, som vil gi de nødvendige instruksjoner videre til politiet. Departementet kan ikke instruere om utsatt iverksetting i en bestemt sak.

4.2.5 Saker knyttet til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn og overføringsflyktninger

I utlendingsloven § 76 tredje ledd er det fastsatt en særskilt regel for saker som berører *grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn*. I slike saker har departementet full instruksjonsmyndighet, også om avgjørelsen av den enkelte sak. Instruksjonsmyndigheten gjelder både i forhold til UNE og UDI og andre utlendingsmyndigheter. Innenfor lovens rammer er det også departementet som bestemmer om saken berører nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn slik at instruksjonsmyndigheten gjelder.

Lignende regler er fastsatt i statsborgerloven § 28 andre ledd, men med en noe snevrere styringsrett for departementet. I statsborgersaker har departementet full instruksjonsmyndighet i saker som berører *hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn*, noe som omfatter et mer begrenset sett med hensyn enn etter utlendingsloven § 76 tredje ledd.

I saker der departementet har brukt sin instruksjonsmyndighet etter utlendingsloven § 76 tredje ledd og statsborgerloven § 28 andre ledd er Kongen i statsråd klageinstans.

Departementet har også full instruksjonsmyndighet i saker om innreisetillatelse for overføringsflyktninger. Dette følger av utlendingsloven § 35 andre ledd. Den årlige kvoten fastsettes av regjeringen og departementet kan gi instruksjer om uttak innenfor kvoten. Departementet kan også gi instruksjer i enkeltsaker.

4.2.6 Styringsforholdet mellom UNE og UDI

UNEs oppgave er å være klageorgan for vedtak fattet i UDI, jf. utlendingsloven § 76 første ledd og statsborgerloven § 27 tredje ledd. UNE er gitt kompetanse til å omgjøre UDIs vedtak når vedtaket er påklaget. UNE er ikke gitt andre typer oppgaver i forhold til forvaltning av utlendingsfeltet. På denne bakgrunnen legger utvalget til grunn at UNE ikke har instruksjonsmyndighet overfor UDI.

Dette er også i samsvar med oppfatningen til Justisdepartementets lovavdeling. I brev av 11. juni 2002 uttalte lovavdelingen blant annet:

Ut over å meddele UDI resultatet av klagesaksbehandlingen kan vi vanskelig se at UNE har noen instruksjonsmyndighet overfor UDI.

4.2.7 Overprøving av positive vedtak i UDI eller UNE

Når UDI innvilger en søknad etter utlendingsloven eller statsborgerloven, har søkeren ingen interesse av å klage til UNE. For at slike positive vedtak også skal kunne bli prøvd av klageinstansen, er departementet gitt adgang til å bringe saken inn for UNE. Regler om slik overprøving er gitt i utlendingsloven § 76 fjerde og femte ledd og statsborgerloven § 27 fjerde og femte ledd.

Departementet må bringe saken inn for UNE innen fire måneder etter at vedtaket i UDI ble fattet. Finner UNE at vedtaket er ugyldig, skal UNE oppheve vedtaket og sende saken til ny behandling i UDI. Er vedtaket gyldig, må UNE nøye seg med å gi en uttalelse om sakens prinsipielle sider.

I UNE skal saken alltid behandles i stornemnd, jf. utlendingsforskriften § 16-4 første ledd og statsborgerforskriften § 13-1 første ledd.

Nærmere regler om saksbehandlingen er gitt i utlendingsforskriften §§ 16-5 og 16-6. Forskriften henviser i hovedsak til forvaltningslovens regler om klagebehandling. Forskriften presiserer at UDI kan oppheve sitt vedtak dersom det er ugyldig, og deretter behandle saken på nytt. Videre understrekes utlendingens uttalerett og UNEs kompetanse til å prøve alle sider av saken og til å ta hensyn til nye forhold.

I tillegg er departementet gitt mulighet til å få prøvet UNEs positive vedtak for domstolene. Søksmålsadgangen følger av utlendingsloven § 79 andre ledd og statsborgerloven § 27 sjette ledd og gjelder alle typer vedtak til gunst for utlendingen. Søksmålet må være reist innen fire

måneder etter at UNE fattet sitt vedtak. Som vanlig ved overprøving av forvaltningsvedtak, kan domstolen kun prøve om UNEs vedtak er gyldig.

Når departementet krever overprøving av UDIs vedtak, har utlendingen rett til fritt rettsråd uten behovsprøving. Dette er fastsatt i utlendingsloven § 92 tredje ledd og statsborgerloven § 27 syvende ledd. Retten til fritt rettsråd gjelder alle sakstyper. Utlendingen er dermed gitt noe bedre rettigheter enn ved alminnelig klagebehandling i UNE, der fritt rettsråd i hovedsak er begrenset til asylsaker og saker om bortvisning, utvisning og tilbakekall av tillatelser.

Tilsvarende har utlendingen rett til fri sakførsel uten behovsprøving når departementet bringer UNEs vedtak inn for domstolen. Dette gir også bedre rettigheter enn ved alminnelige domstolsprøving av UNEs vedtak, der fri sakførsel bare kan innvilges unntaksvis etter lov om fri rettshjelp § 16 tredje ledd.

4.3 Dagens klagebehandling i UNE – herunder avgjørelsesform og graden av forvaltningsskjønn i de enkelte sakstypene

4.3.1 Innledning

Dagens klagesaksmodell har vært i virksomhet siden 1. januar 2001, da UNE ble opprettet som et sentralt statlig klageorgan for UDIs vedtak i første instans. UNE har siden opprettelsen behandlet et stort antall saker. Kun et fåtall av sakene har vært prøvd av domstolene. Som siste instans i tilnærmet alle prinsipielle saker etter utlendingsloven og statsborgerloven, har UNE vært sentral i utformingen av norsk rettspraksis på utlendingsfeltet. I punkt 4.3.2 og 4.3.3 gir utvalget en oversikt over UNEs virksomhet som klageinstans.

Utvalget skal vurdere om departementet skal gis myndighet til å instruere UNE om skjønnsutøvelse og lovtolkning. I denne vurderingen kan det ha betydning hvor stor grad av fritt skjønn loven gir utlendingsforvaltningen. Utvalget foretar i punkt 4.3.4 en gjennomgang av hvilke vurderinger som utlendingslovgivningen overlater til forvaltningens frie skjønn i de ulike sakstypene.

4.3.2 Oversikt over dagens klagebehandling etter utlendingsloven og statsborgerloven

UNE er klageinstans for UDIs vedtak etter utlendingsloven og statsborgerloven.⁸⁰ Når UDI fatter et negativt vedtak som førsteinstans, kan vedtaket påklages til UNE.

Departementet er gitt adgang til å bringe positive vedtak⁸¹ fra UDI inn til overprøving i UNE. Denne adgangen er så langt ikke brukt.

I 2009 ferdigbehandlet UNE 12941 klagesaker. I tillegg ble det behandlet 3241 begjæringer om omgjøring av UNEs vedtak. Av totalt 16182 saker var 62 % asylsaker og 6 % saker om statsborgerskap. De resterende 32 % av sakene gjaldt i hovedsak arbeidstillatelser, familieforening, utvisning og visum.

⁸⁰ Jf. utlendingsloven § 76 første ledd og statsborgerloven § 27 tredje ledd.

⁸¹ Vedtak som innvilger søknaden.

I 2009 behandlet UNE et vesentlig høyere antall saker enn i 2008, da totalt antall ferdigbehandlede saker var 10 283. Totale restanser økte likevel fra 6840 pr. 31.12.2008 til 8382 pr. 31.12.2009. De 8382 ubehandlede sakene bestod av 7575 klagesaker og 807 omgjøringsanmodninger. Av de 7575 klagesakene, hadde 2484 saker ligget mer enn seks måneder.

En del vedtak etter utlendingsloven fattes av andre forvaltningsorganer enn UDI, særlig politiet og utenriksstasjonene. For slike vedtak er UDI klageinstans og saken kan ikke påklages videre til UNE.

For sikkerhetssaker⁸² der departementet har brukt sin instruksjonsmyndighet, er det gjort unntak fra den alminnelige klagesaksmodellen. I slike saker er Kongen i statsråd alltid klageinstans. Dette gjelder et lite antall saker pr. år.

UNEs vedtak kan bringes inn for de alminnelige domstolene, som prøver vedtakets gyldighet. Det er et fåtall saker som hvert år går videre til domstolene. I 2008 ble det avsagt 40 rettskraftige dommer om gyldigheten av UNEs vedtak. I seks av sakene fikk utlendingen medhold, mens staten fikk medhold i 34 saker. Tilsvarende tall for 2009 var 65 dommer, med 16 dommer der utlendingen fikk medhold. Det gis normalt ikke fri sakførsel etter rettshjelpsloven i slike rettssaker.

I en stor del av sakene som behandles i UNE, kan UDIs vedtak iverksettes før klagen er behandlet. Utlendingen har dermed plikt til å forlate Norge før UNE har ferdigbehandlet saken.

I asylsaker er hovedregelen at vedtaket ikke skal iverksettes før saken er ferdigbehandlet i UNE. Utlendingsmyndighetene kan likevel nekte utsatt iverksetting når ett av følgende vilkår er oppfylt:

- søkeren kan henvises til et annet land for å søke beskyttelse (for eksempel retur etter Dublin II-forordningen)
- søkeren har fått avslag på asylsøknad i et annet land
- vilkårene for rett til beskyttelse åpenbart ikke er oppfylt⁸³

I 2008 var det 45 % av asylsakene hvor iverksetting av vedtaket ikke var utsatt. I 2007 var andelen 47 %.

4.3.3 Nærmere om klagesaksbehandlingen i UNE

UNE har for tiden 27 nemndledere, som alle er tilsatt på åremål. Tilsettingen gjelder for åtte år uten mulighet for ny periode. Alle nemndlederne må oppfylle kravene som gjelder ved tilsetting av dommere. I hovedsak innebærer dette at nemndlederne må være jurister og norske statsborgere og ha fylt 25 år.

Videre er det oppnevnt 311 nemndmedlemmer etter forslag fra det departementet som har hovedansvar for utlendingsforvaltningen, Utenriksdepartementet, Norges Juristforbund og

⁸² Jf. utlendingsloven § 76 tredje ledd og statsborgerloven § 28 andre ledd.

⁸³ Jf. utlendingsloven § 90 fjerde ledd.

humanitære organisasjoner. Medlemmene oppnevnes for fire år av gangen, med mulighet for én gjenoppnevning. Både nemndledere og nemndmedlemmer utnevnes eller oppnevnes av Kongen i statsråd.

I tillegg har UNE et fast tilsatt sekretariat. Det er ca. 300 tilsatte i sekretariatet.

Saker som ikke byr på vesentlig tvilsspørsmål, kan avgjøres av nemndleder alene eller av sekretariatet.⁸⁴ Alle andre saker skal behandles av en nemndleder og to nemndmedlemmer (nemndmøte), som avgjør saken ved alminnelige flertall.

Utlendingen kan gis anledning til å møte personlig når saken behandles av nemndleder og to nemndmedlemmer. I asylsaker skal utlendingen som hovedregel gis adgang til personlig frammøte.⁸⁵ Utlendingen kan møte sammen med advokat eller annen representant.

Det er nemndleder som avgjør om saken skal behandles av sekretariatet, av nemndleder alene eller i nemndmøte og om utlendingen skal gis anledning til å delta i nemndmøte (personlig frammøte).

Tabellen viser andelen saker som i 2008 og i 2009 ble behandlet i nemndmøte og andelen saker som ble behandlet i nemndmøte med personlig frammøte:

	Andel saker behandlet i nemndmøte	Andel saker i nemndmøte med personlig frammøte
2008	8,4 % (av totalt 10 283 saker)	5,9 % (av totalt 10 283 saker)
2009	5,9 % (av totalt 16 182 saker)	4,4 % (av totalt 16 182 saker)

De fleste sakene som ble behandlet i nemndmøte var asylsaker, totalt 805 av 947 saker i 2009. Dermed var det 8 % av asylsakene som ble behandlet i nemndmøte. Asylsaker med utsatt iverksetting er de sakene som oftest blir behandlet i nemndmøte. I 2009 ble 15,5 % av alle asylsaker med utsatt iverksetting avgjort i nemndmøte. Andelen nemndmøter med personlig frammøte var 83 %. Dette innebærer at 13 % av alle asylsaker der iverksetting av vedtaket var utsatt til UNE hadde ferdigbehandlet saken, ble behandlet i nemndmøte med personlig frammøte.

UNE omgjorde UDIs vedtak i 6,9 % av alle sakene som ble behandlet i 2009, mot 12,2 % i 2008. Blant asylsakene var andelen omgjøringer 5,6 % i 2009 og 13 % i 2008. I 2009 var 134 av asylsakene klager på UDIs vedtak etter Dublin-regelverket der UNE ga klager medhold og sendte saken tilbake til UDI for realitetsbehandling. Av de øvrige 436 asylsakene endte de fleste (315) omgjøringene med at søkeren fikk opphold på humanitært grunnlag (sml. utlendingsloven § 38).

Et fåtall saker behandles i UNEs stornemnd.⁸⁶ I stornemnda deltar tre nemndledere og fire nemndmedlemmer. Nemndlederne deltar i stornemnda på omgang. De fire nemndmedlemmene er faste og oppnevnes av Justisdepartementet for fire år av gangen.

⁸⁴ Jf. utlendingsloven § 78.

⁸⁵ Se også nærmere regler i utlendingsforskriften § 16-12.

⁸⁶ Jf. utlendingsloven § 78 andre ledd.

Oppnevningen skjer blant annet på grunnlag av forslag til kandidater fra humanitære organisasjoner, ulike departementer og Juristforbundet.

Utlendingsforskriften inneholder regler om hvilke saker som kan eller skal avgjøres i stornemnd.⁸⁷ Stornemnda kan behandle saker av prinsipiell betydning, saker med store samfunnsmessige og økonomiske konsekvenser og saker på områder der det har utviklet seg ulik praksis. Praksis i strid med landspesifikke anbefalinger fra FNs høykommissær for flyktninger skal som hovedregel vurderes av stornemnda. Dette skal skje ved at stornemnda behandler minst en representativ sak. Videre skal positive vedtak som departementet bringer inn for UNE etter utlendingsloven § 76 fjerde ledd, alltid behandles i stornemnd.

Når vilkårene for å behandle saken er oppfylt, kan både departementet og UDI kreve at saken blir behandlet i stornemnd. Videre kan en sak behandles i stornemnd etter anmodning fra en nemndleder. Når en slik anmodning er framsatt, skal UNEs direktør kontrollere om vilkårene for behandling i stornemnd er oppfylt.

Nemndleder kan også kreve behandling i stornemnd når nemndlederen mener at nemndmøtet har fattet et lovstridig avslag.

Utlendingen har ingen rett til å få klagen sin behandlet av stornemnda.

Ordningen med stornemnd ble etablert ved lovendring i 2005. Så langt har stornemnda fattet 13 vedtak. Fem av vedtakene ble fattet i samme sak (gjaldt en familie på fem). Stornemnda har dermed behandlet ni saker. To av sakene ble behandlet etter krav fra departementet. Øvrige saker ble behandlet på grunnlag av anmodning fra nemndleder.

4.3.4 Lovbundne vedtak og fritt forvaltningsskjønn

Loven åpner i en del tilfeller for forvaltningens egne vurderinger av hva som er et ønskelig vedtak. På denne måten gir loven rom for forskjellige grader av fritt forvaltningsskjønn. Domstolen kan ikke prøve forvaltningens vurderinger så lenge de ligger innenfor det frie forvaltningsskjønnet, og så lenge forvaltningen ikke har tatt utenforliggende hensyn, lagt til grunn feil eller mangelfullt faktum, gjort feil i saksbehandlingen, eller kommet til et resultat som er åpenbart urimelig.

Forvaltningsvedtak kan også være fullt ut lovbundne. Loven åpner i slike tilfeller ikke for forvaltningens egne vurderinger. Loven gir fullt og helt anvisning på hvilket vedtak forvaltningen skal fatte. Lovbundne vedtak kan prøves fullt ut av domstolene.

Utlendingslovgivningen legger opp til både lovbundne vedtak og vedtak som innebærer fritt forvaltningsskjønn. Utvalget har gjennomgått de mest sentrale sakstypene i UNE og undersøkt graden av fritt forvaltningsskjønn.

Størst praktisk betydning har det frie forvaltningsskjønnet i vurderingen av om en utlending skal få oppholdstillatelse av humanitære grunner. Vurderingen er i stor grad overlatt til forvaltningens eget skjønn og er med i en stor del av de sakene UNE behandler. Utlendingsloven § 28 syvende ledd pålegger UNE å vurdere oppholdstillatelse på humanitært

⁸⁷ Jf. utlendingsforskriften § 16-4.

grunnlag når det gis avslag på søknad om flyktingestatus. Vurderingen vil dermed være med i de fleste asylsakene som UNE behandler.

Oppholdstillatelse på humanitært grunnlag er regulert i utlendingsloven § 38. En utlending kan gis oppholdstillatelse når det foreligger *sterke menneskelige hensyn* eller *særlig tilknytning til riket*. Bestemmelsen innebærer ikke rett til slik oppholdstillatelse eller en plikt for utlendingsmyndighetene til å gi denne typen tillatelse. Myndighetene kan altså velge ikke å gi denne typen tillatelse selv om lovens vilkår er oppfylt.⁸⁸ I § 38 fjerde ledd er det presisert at utlendingsforvaltningen blant annet kan legge vekt på *innvandringsregulerende hensyn*.

Domstolene kan som hovedregel ikke prøve forvaltningens anvendelse av vilkårene *sterke menneskelige hensyn* eller *særlig tilknytning til riket*. Dette er slått fast i flere høyesterettsdommer⁸⁹ knyttet til den tilsvarende bestemmelsen i tidligere utlendingslov § 8 andre ledd. Domstolen kan imidlertid prøve om det er feil i faktum eller saksbehandlingen, om det er tatt usaklige hensyn eller om resultatet er åpenbart urimelig.

Mange av vedtakene etter utlendingsloven er knyttet til lovfestede rettigheter, og er dermed lovbundne. For eksempel har flyktinger individuell rett til beskyttelse (asyl) etter utlendingsloven § 28. Avgjørelse av flyktingstatus med tilhørende oppholdstillatelse innebærer derfor ingen form for fritt forvaltningsskjønn.

Videre er det gitt rett til familieinnvandring etter utlendingsloven kapittel 6. Når lovens vilkår er oppfylt, skal utlendingsmyndighetene gi familiemedlemmer oppholdstillatelse.

Enkelte bestemmelser om familieinnvandring åpner imidlertid for fritt forvaltningsskjønn. Dette gjelder særlig utlendingsloven § 49, som åpner for unntak fra lovens vilkår når det foreligger *sterke menneskelige hensyn*. I § 49 andre ledd er det presisert at utlendingsforvaltningen kan legge vekt på *innvandringsregulerende hensyn* når det vurderes om familiemedlemmet bør gis oppholdstillatelse. Videre ligger det fritt forvaltningsskjønn i vurderingen av om *særlig sterke menneskelige hensyn* bør medføre unntak fra underholdskravet, jf. utlendingsforskriften § 10-11.

Oppholdstillatelse i forbindelse med arbeid og studier er regulert i utlendingsloven kapittel 3 med forskrifter. Loven fastsetter de mest sentrale grunnvilkårene for slik oppholdstillatelse, men overlater til forskriften å regulere i hvilken grad utlendinger som oppfyller grunnvilkårene skal gis rett eller adgang til oppholdstillatelse.

Utlendingsforskriften kapittel 6 fastsetter nærmere vilkår for oppholdstillatelse i forbindelse med arbeid og studier. Forskriften gir i stor grad rett til oppholdstillatelse når lovens og forskriftens vilkår er oppfylt. Dette gjelder blant annet oppholdstillatelse for spesialister og faglærte. Vurderingen av om utlendingen har rett til oppholdstillatelse er lovbundet og overlater ikke noen vurderinger til det frie forvaltningsskjønnet.

Flere typer oppholdstillatelser i forbindelse med arbeid og studier er imidlertid ikke knyttet til individuelle rettigheter. Dette gjelder for eksempel oppholdstillatelse for sesongarbeidere, studenter og au pair, som i følge forskriften *kan få oppholdstillatelse* når nærmere vilkår er oppfylt. Utvalget antar at forskriften på denne måten legger opp til en viss grad av fritt

⁸⁸ Jf. Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) side 420.

⁸⁹ For eksempel Høyesteretts dom 20. mai 2008 (Rt. 2008 s. 681).

forvaltningsskjønn når det gjelder vurderingen av om en utlending som oppfyller vilkårene bør gis oppholdstillatelse.

Vedtak om utvisning etter utlendingsloven kapittel 8 er i hovedsak lovbundne. Det er bare i de tilfellene lovens vilkår er oppfylt at en utlending kan utvises. Blant annet må utvisning ikke være et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen eller hans nærmeste familie, jf. lovens § 70. Også forvaltningens prøving av forholdsmessigheten kan prøves fullt ut av domstolen.⁹⁰ Det foreligger imidlertid ingen plikt for forvaltningen til å utvise en utlending når vilkårene er oppfylt. Er vilkårene oppfylt, har forvaltningen fritt forvaltningsskjønn når det gjelder vurderingen av om utlendingen bør utvises eller ikke.

Etter utlendingsloven § 10 har en utlending rett til besøksvisum når nærmere vilkår er oppfylt. Ut fra blant annet innvandringsregulerende hensyn kan det gjøres unntak fra retten til visum. Sentral i denne vurderingen er returforutsetningen, det vil si hvor sannsynlig det er at utlendingen vil reise hjem etter besøket.

Etter utlendingsloven § 56 første ledd skal første gangs oppholdstillatelse være gitt før utlendingen reiser til Norge. Dersom utlendingen likevel fremmer søknad fra Norge, avslås søknaden. Det er fastsatt mange unntak fra denne regelen, blant annet § 56 tredje ledd som åpner for søknad fra Norge når det foreligger *sterke rimelighetsgrunner*. En viss grad av fritt skjønn ligger trolig i vurderingen av om søknad fra Norge bør tillates når vilkåret *sterke rimelighetsgrunner* er oppfylt.

Statsborgerloven gir individuell rett til statsborgerskap når lovens vilkår er oppfylt. At forvaltningens vurdering av søknadene om statsborgerskap er lovbundet, er også understreket i lovens forarbeider.⁹¹ Et element av fritt forvaltningsskjønn er imidlertid knyttet til dispensasjonsbestemmelsen i § 19.

Mange av bestemmelsene nevnt ovenfor har tilhørende forskriftshjemler. For eksempel er det gitt generelle forskriftshjemler til utlendingsloven § 28 om asyl, § 38 om oppholdstillatelse på humanitært grunnlag og § 49 om unntak fra vilkårene for familieinnvandring.

4.4 Dagens praktisering av instruksjonsmyndighet i forhold til saker etter utlendingsloven og statsborgerloven

4.4.1 Innledning

Fram til september 2005 kunne departementet i liten grad instruere utlendingsforvaltningen om praksis etter utlendingsloven og statsborgerloven. Etter dette ble det åpnet for generelle instruksjoner til UDI, mens departementets instruksjonsmyndighet overfor UNE fortsatte å være mer begrenset.

I punkt 4.4.2 gir utvalget en redegjørelse for hvordan departementets instruksjonsmyndighet har vært brukt så langt. Videre har utvalget møtt forskjellige myndigheter og organisasjoner som arbeider med utlendingssaker. I denne forbindelse har utvalget mottatt synspunkter på departementets instruksjonsmyndighet som gjengis i punkt 4.4.3.

⁹⁰ Se blant annet Høyesteretts dom 13. november 2009 (Rt. 2009 s. 1432).

⁹¹ Jf. Ot. prp. nr. 41 (2004-2005) s. 218 og 227.

I tillegg til instruksjer om avgjørelse av saker etter utlendingsloven og statsborgerloven, gir departementet hvert år rettslige føringer for utlendingsforvaltningen i budsjettproposisjonen til Stortinget og tildelingsbrev til UNE og UDI. Tildelingsbrevene inneholder blant annet instruksjer om prioritering av sakstyper.

4.4.2 Departementets instruksjer etter utlendingsloven og statsborgerloven

Endringen i utlendingsloven som ga departementet kompetanse til å instruere UDI om lovforståelse og skjønnsutøvelse trådte i kraft 9. september 2005. Departementet fikk den samme kompetansen i statsborgersaker da ny statsborgerlov trådte i kraft 1. september 2006. Etter dette har departementet⁹² gitt en rekke instruksjer om UDIs praksis i utlendingssaker.

Framgangsmåten for departementets instruksjon av UDI etter utlendingsloven er nedfelt i rundskriv⁹³ fra Justis- og politidepartementet. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet (BLD) vil fastsette tilsvarende rundskriv for statsborgerfeltet⁹⁴. Rundskrivene innebærer en standardisering av departementets instruks om framtidig praksis i utlendingssaker.

Departementets instruksjer gis i hovedsak som tilbakemeldinger på UDIs redegjørelse for egen praksis. UDI er forpliktet til å sende slike redegjørelser til departementet før etablering av ny praksis. Departementet kan også be om redegjørelser for praksis knyttet til særskilte tema, land eller bestemmelser i lov eller forskrift.

Departementet har gitt seg selv en seks ukers frist for å gi tilbakemelding til UDI på praksisredegjørelsen. Dersom departementet samtykker i UDIs nye praksis, gis dette samtykket i brev til UDI. Er departementet uenig i UDIs praksis, utarbeider departementet et rundskriv om hvordan praksis skal være. Det er kun når departementet er uenig i UDIs forslag til ny praksis at tilbakemeldingen betegnes som *instruks*.

Som eksempel vises det til tidligere rundskriv AI-75/09 med instruks om praksis i saker om midlertidig arbeidstillatelse. I rundskrivet stod det blant annet:

Departementet samtykker til iverksettelse av foreslåtte endring av praksis etter utlendingsforordningen § 61 første ledd nr. 2, som innebærer at det innføres et dokumentasjonskrav ved innvilgelse av midlertidig arbeidstillatelse. Endringen innebærer at det skilles mellom søkere som kommer fra land der det utstedes pass eller nasjonalt identitetskort og søkere som kommer fra land hvor slike dokumenter ikke utstedes. For den siste gruppen skal det vurderes konkret om oppgitt identitet anses som mest sannsynlig (alminnelig sannsynlighetsovervekt).

Når det gjelder UDIs anbefaling om en tidsbegrensning i tillatelsens varighet er dette gjenstand for generell vurdering i departementet i tilknytning til arbeidet med ny

⁹² Hovedansvaret for utlendingsloven ligger i dag hos Justis- og politidepartementet. Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet har ansvaret for statsborgerloven. Se også punkt 4.2.1.

⁹³ Jf. rundskriv GI-06/2010 og GI-04/2010.

⁹⁴ Se også rundskriv AI-20/2007

utlendingsforskrift. UDI instrueres derfor om ikke å endre praksis når det gjelder tidsbegrensing i tillatelsens varighet.

De forholdene som ble tatt opp i rundskriv AI-75/09 er nå regulert av bestemmelser i utlendingsforskriften §§ 17-24 og 17-25.

Et annet eksempel viser at departementet ikke alltid samtykker i UDIs forslag til praksis, selv om begrunnelsen er å følge nyetablert praksis i UNE. Eksemplet gjelder retur av asylsøkere til Hellas etter Dublin II-forordningen. Bakgrunnen var at UNE stanset all slik retur i perioden februar 2008 til mars 2009. Samtidig stilte UNE behandlingen av slike saker i bero.

I rundskriv AI-55/08 av 21. juli 2008 ga departementet følgende instruks:

Departementet viser videre til UDIs brev av hhv. 19.12.2007, 7.2., 4.3 og 11.6 d.å., hvor det gjøres rede for en planlagt endring av praksis etter utlendingsloven som innebærer midlertidig stans i overføringer av asylsøkere til Hellas etter Dublin II-forordningen. Berostillelsen har bakgrunn i informasjon om mulige krenkelser av asylsøkeres rettigheter i Hellas, samt behovet for mer informasjon om situasjonen for asylsøkere i landet. UDI har i den forbindelse vist til Utlendingsnemndas stans av returer til Hellas i henhold til Dublin II-forordningen.

(...)

Departementet samtykker til direktoratets praksis når det gjelder midlertidig stans i overføringer av barnefamilier til Hellas i medhold av Dublin II-forordningen. Dette innebærer at uttransporteringene til Hellas midlertidig stanses i påvente av nødvendig informasjon, slik UDI gjør rede for i brev av 19.12.2007 og presiserer og utdypet konsekvensene av i brev av 4.3.2008. Endringen innebærer ikke at forordningens artikkel 3 nr. 2 automatisk skal benyttes for barnefamilier der Hellas er ansvarlig medlemsstat.

Departementet samtykker ikke til direktoratets øvrige forslag til praksisendring. Det betyr at søknader om asyl fra andre enn barnefamilier vurderes individuelt selv om det kan innebære at søker må returnere til Hellas i henhold til Dublin II-forordningen.

Dublin II-forordningen angir hvilken medlemsstat som har ansvaret for å behandle en asylsøknad. I henhold til forordningen anses medlemsstatene som sikre land for tredjelandsborgere i den forstand at ingen medlemsstat kan sende noen til et sted der de kan utsettes for forfølgelse. Departementet legger til grunn at den individuelle vurderingen som foretas er i tråd med Norges forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) art. 3.

UDI behandlet deretter sakene om retur til Hellas i samsvar med departementets instruks.⁹⁵ UDIs negative avgjørelser ble påklaget til UNE, som ga utsatt iverksettelse og stilte behandlingen av sakene i bero.

Fra 23. mars 2009 gjenopptok UNE behandlingen av sakene om retur til Hellas, med individuell vurdering av hver enkelt sak. Ved utgangen av mai 2009 hadde UNE behandlet 16 saker, der resultatet i alle sakene var at UDIs vedtak ble opprettholdt. På samme tidspunkt hadde UNE 150 ubehandlede saker der det kunne være aktuelt med retur til Hellas.

⁹⁵ Se også rundskriv AI-2008-060 om samtykke til bruk av suverenitetsklausulen i saker om overføring av enslige, mindreårige asylsøkere. Rundskriv AI-104/09 oppsummerer gjeldende instruks til UDI knyttet til bruk av Dublin II-forordningen for returer til Hellas.

På grunn av nye opplysninger om utlendingsforvaltningen i Hellas og bekymringer fra FNs høykommissær for flyktninger (UNHCR), ble bare et fåtall saker behandlet ut over høsten 2009. Samtidig ble det oversendt et stort antall nye klagesaker fra UDI. I slutten av januar 2010 hadde UNE ca. 900 ubehandlede Hellas-saker. Stornemndas vedtak 1. februar 2010 behandlet spørsmålet om hva som skulle være UNEs praksis for retur til Hellas. Etter dette kunne UNE ferdigbehandle klagesakene.

Tilsvarende nektet departementet UDI å følge UNEs nye praksis for søkere fra Sør-Somalia. I januar 2008 begynte UNE å gi ordinære oppholdstillatelser til asylsøkere fra Sør-Somalia. UNE viste til at sikkerhetssituasjonen fortsatt var uavklart, og at det ikke lenger var en midlertidig situasjon.

Tidligere hadde praksis vært å gi midlertidige tillatelser for ett år uten rett til familiegjengforening eller bosettingstillatelse. UDI ønsket å følge UNEs nye praksis, men fikk ikke departementets samtykke til å gi ordinære tillatelser som kun var begrunnet i den generelle situasjonen i Sør-Somalia. UDI ble instruert om å vurdere hver enkelt søker individuelt, med sikte på om søkeren fylte vilkårene for ordinær tillatelse uten begrensninger.⁹⁶ En slik plikt til individuell vurdering ble forskriftsfestet ved endringer i utlendingsforskriften av 17. april 2009.

Videre har departementet gitt instruks om å stille behandlingen av visse sakstyper i bero. For eksempel ble UNE pålagt å vente med behandlingen av klager fra irakere som tidligere har hatt midlertidig og begrenset arbeidstillatelse (MUF-sakene) inntil nødvendig forskrift var på plass. Pålegget ble gitt i rundskriv 29. april 2009.⁹⁷ Etter at forskriften var på plass, opphevet departementet pålegget om å stille sakene i bero ved rundskriv av 28. august 2009.⁹⁸

Departementet har også benyttet seg av sin instruksjonsmyndighet i sikkerhetssaker, jf. utlendingsloven § 76 tredje ledd og statsborgerloven § 28 andre ledd. UDI og UNE er pålagt å sende inn nærmere bestemte saker til departementet, slik at departementet kan vurdere betydningen av grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn⁹⁹. Departementet avgjør deretter om det skal gis en konkret instruks til utlendingsforvaltningen om hvordan saken skal behandles. Blant annet har departementet gitt instruks til UDI, UNE, politiet og utenriksstasjonene om at det ikke skal utstedes visum til nærmere bestemte personer. Som eksempel nevnes rundskriv AI-95/09, der det er bestemt at visum ikke kan gis til fem navngitte personer fra Nord-Korea på bakgrunn av resolusjon fra FNs sikkerhetsråd.

Departementet har full instruksjonsmyndighet som overordnet organ når utlendingsforvaltningen tar stilling til innreisetillatelse for overføringsflyktninger (kvoteflyktninger). Regjeringen fastsetter antall overføringsflyktninger pr. år og departementet gir instruks om uttak innenfor kvoten. Departementet kan også instruere i enkeltsaker.

Både UNE og UDI er pålagt å rapportere til departementet om visse typer positive vedtak.¹⁰⁰ Hensikten er å gi departementet anledning til å vurdere om vedtaket skal bringes inn for stornemnd eller domstol.

⁹⁶ Jf. rundskriv AI-68/08.

⁹⁷ Jf. rundskriv AI-77/09.

⁹⁸ Jf. rundskriv AI-85/09.

⁹⁹ Jf. blant annet rundskriv AI-106/09 og AI 107/09.

¹⁰⁰ Jf. blant annet rundskriv GI-05/2010.

4.4.3 Synspunkter på dagens styringsforhold fra berørte instanser

Som nevnt i punkt 1.1, har utvalget møtt forskjellige utlendingsmyndigheter og organisasjoner for å høre deres syn på de spørsmålene utvalget skal vurdere. Utvalget har i den forbindelse også mottatt kommentarer til dagens styringsforhold. Det presiseres at uttalelsene her gjengis slik utvalget oppfattet dem i møtet.

PU understreket at UNEs selvstendige stilling er viktig for rettssikkerheten. Sterkere politisk styring kunne svekke rettssikkerheten og gjøre det vanskelig å holde seg innenfor internasjonale konvensjoner. PU var imidlertid åpne for at behandling av oppholdssaker kunne være underlagt mer politisk styring.

UDI pekte på at saksbehandlingen kan ta lenger tid fordi departementet ikke har samme instruksjonsmyndighet overfor UNE som overfor UDI. For det første tar praksisutvikling i UNE lang tid. Praksis avtegner seg først når et visst antall saker er avgjort. For det andre kan store mengder saker bli stilt i bero når departementet er uenig i UNEs praksis. Sakene blir ikke ferdigbehandlet før nødvendige endringer i lov og forskrift er på plass. Sakene kan også ha et annet innhold når UNE til slutt behandler saken, enn de hadde når vedtak i UDI ble fattet, særlig fordi faktum kan ha endret seg. Dersom departementet hadde samme adgang til å instruere UNE, ville UDI og UNE fått samme praksis på samme tid. Det ville spare tid og ressurser.

Direktoratet viste også til at det kan oppstå motstrid mellom instruksjoner fra departementet og praksis i UNE. Dette gjelder situasjoner der UNE omgjør mange av UDIs vedtak. Dersom departementet i slike tilfeller ikke samtykker til at UDI endrer sin praksis, må UDI fortsette en praksis som er strid med UNEs praksis. Som eksempel ble det nevnt saker om retur etter Dublin II-forordningen. UNE stanset all retur av asylsøkere til Hellas, mens UDI ble instruert om kun å stanse retur av barnefamilier.

Advokatforeningen er skeptisk til å gi departementet mer omfattende instruksjonsmyndighet overfor UNE. Foreningen viste til at instruksjoner er lite synlige styringssignaler. Instruksjoner sendes ikke på høring, slik som lov- og forskriftsendringer. Dette svekker instruksenes demokratiske legitimitet. Videre svekkes forutsigbarheten dersom instruksjoner benyttes i stedet for forskrifter. Endringer i lov eller forskrift vil advokatene kjenne i god tid før de treffer i kraft. Foreningen viste også til at den politiske styringen påvirkes av strømminger i samfunnet. Utlendingsfeltet er et rettslig felt, forankret i internasjonale menneskerettigheter. I den politiske debatten mister man fort oversikten over bestemmelsene feltet er forankret i.

NOAS mener instruksjonsmyndighet over UNE som over UDI vil svekke legitimiteten til UNE. Mye av formålet med en toinstansbehandling vil falle bort. Ifølge NOAS burde heller UDI vært mer uavhengig. Det er den faglige ekspertisen som bør være avgjørende, særlig i saker som gjelder ivaretagelse av Norges internasjonale forpliktelser.

NOAS ser utvalgets mandat som en implisitt bestilling av mer politisk styring over UNE, noe de er bekymret for. Dersom motivasjonen for politisk styring er å få ned antall asylsøkere, vil det kunne gå ut over den enkeltes rettssikkerhet.

UNE hadde ikke kommentarer til om departementet bør ha instruksjonsmyndighet eller ikke. Dersom det ble innført en slik instruksjonsmyndighet, burde den etter UNEs oppfatning være begrenset til enkelte saksområder, for eksempel til andre saker enn asylsaker.

4.5 Andre land – instruksjonsmyndighet på utlendingsfeltet

4.5.1 Innledning

Utvalget har særlig undersøkt forholdene i våre to naboland Sverige og Danmark. Utvalget skisserer her kort organiseringen av klagesaksbehandlingen i de to landene, herunder muligheten for politisk styring.

Mange av de europeiske landene har, i likhet med Sverige, forvaltningsdomstoler som klageinstans i utlendingssaker. Dette gjelder blant annet Belgia, Nederland og Tyskland. Finland hadde frem til 1998 en nemnd for asylsaker, men har etter det overført ansvaret for klagesakene til forvaltningsdomstolene.

4.5.2 Sverige

I Sverige ble utlendings- og statsborgerskapssakene frem til 31. mars 2006 behandlet av Migrationsverket i første instans og av Utlänningsnämnden i annen instans. Før opprettelsen av Utlänningsnämnden i 1992 var departementet klageinstans.

Utlänningsnämnden var et uavhengig forvaltningsorgan. Departementet hadde kun mulighet til å påvirke praksis gjennom endringer i lov og forskrift. I tillegg kunne regjeringen i særskilte tilfeller få innvirkning på praksis ved at verket eller nämnden av eget tiltak la frem enkeltsaker for prinsippvurdering. Både Migrationsverket og Utlänningsnämnden var forpliktet til å rette seg etter en prinsipputtalelse fra regjeringen.

Et flertall av sakene ble i Utlänningsnämnden avgjort av en nemndleder alene. Enkelte saker ble imidlertid behandlet i nemnd med en nemndleder og to lekmedlemmer. Medlemmene ble oppnevnt av de politiske partiene representert i Riksdagen. I noen saker ble det holdt muntlige forhandlinger med utlendingen til stede. Prinsipielle saker kunne behandles av en større nemnd som bestod av minst to ledere og minst fire lekmedlemmer.

Utlänningsnämnden møtte mye kritikk, blant annet for at altfor få saker ble underlagt muntlig behandling og at det ikke var kontradiktorisk topartsprosess. Saksbehandlingstidene ble ansett for å være uakseptabelt lange og nämnden ble kritisert for i urimelig grad å begrense allmennhetens mulighet for innsyn i asylprosessen.

Den 31. mars 2006 fikk Sverige en ny organisering av klagesaksbehandlingen, samtidig med ikrafttreddelsen av ny utlendingslov (Utlänningslag 2005: 716). Utlänningsnämnden ble fjernet og avslag fra Migrationsverket kan i stedet klages inn for en egen avdeling i de ordinære forvaltningsdomstolene; Migrationsdomstolene. Formålet med reformen var først og fremst å sikre større åpenhet i asylprosessen, ved å innføre topartsprosess med økt mulighet for muntlige forhandlinger.

Forvaltningsdomstolene består av förvaltningsrättene, kammarrättene og Regeringsrätten i siste instans. Utlendingssakene blir behandlet i tre av förvaltningsrättene; Förvaltningsrätten i

Stockholm, Förvaltningsrätten i Malmö og Förvaltningrätten i Göteborg. Sakene fordeles mellom de tre domstolene ut fra hvor i Sverige Migrationsverket har fattet sitt vedtak. De tre förvaltningrättene er migrationsdomstoler når de behandler utlendingssaker.

Vedtak fra Migrationsdomstolen kan klages inn for Migrationsöverdomstolen, som organisatorisk ligger til kammarrätten i Stockholm. Kun et fåtall av sakene slipper gjennom til behandling. Vedtak fra Migrationsöverdomstolen kan ikke påklages til Regeringsrätten, hvilket innebærer at Migrationsöverdomstolen er siste instans i utlendingssaker.

Domstolene er uavhengige og regjeringen kan kun påvirke praksis gjennom lov og forskrift. I den nye utlendingsloven fra 2006 har man fått en mer detaljert lovtekst, blant annet i forhold til opphold på humanitært grunnlag. Forskriftsmyndigheten er blitt begrenset, særlig på asylfeltet. En viss form for politisk innflytelse kan sies å skje gjennom lekmannsrepresentasjonen i Migrationsdomstolen, ved at legfolk blir nominert av de politiske partiene.

I forhold til Migrationsverket kan praksis også kun påvirkes gjennom endringer i lov og forskrift. Den tidligere ordningen med foreleggelse av enkeltsaker for prinsipputtalelse ble fjernet sammen med Utlänningsnämnden. Departementet har ingen instruksjonsmyndighet overfor Migrationsverket.

4.5.3 Danmark

Danmark har siden 1973 hatt en toinstans behandling av utlendingssakene, hvor et forvaltningsorgan treffer avgjørelse i første instans som kan påklages til et forvaltningsorgan i annen instans. Denne hovedoppbyggingen har vært uendret siden.

Utlendingssakene behandles som hovedregel av Udlændingeservice i første instans og av departementet, Integrationsministeriet, i annen instans.

Flygtningenævnet er imidlertid klageinstans i asylsaker. Nævnet ble opprettet i 1983 og betegnes som et domstolslignende organ. Et nævn har tre medlemmer hvorav én dommer, én advokat og én ansatt fra ministeriet. Nævnsmedlemmene kan ikke instrueres. Sekretariatet til nævnet, som blant annet har ansvar for å forberede sakene og oppdatere nævnets bakgrunnsmateriale, er formelt ansatt i ministeriet. Lederen av sekretariatet deltar i ledergruppen i ministeriet.

Som hovedregel behandles asylsakene muntlig, hvor asylsøkeren bistås av en advokat. En sak kan behandles av en dommer alene, hvis saken har vært behandlet i prosedyren for åpenbart grunnløse saker (se nedenfor), vilkårene for asyl anses åpenbart oppfylt, eller det er anmodet om gjenopptakelse av en sak og det ikke er grunn til å anta at nævnet vil endre avgjørelsen.

Søknader om humanitær oppholdstillatelse behandles av ministeriet som første og eneste instans. Vedtak fra ministeriet kan ikke påklages. Kun asylsøkere kan levere søknad om humanitær oppholdstillatelse. De to søknadene behandles parallelt i henholdsvis ministeriet og Udlændingeservice. Søknad om humanitær oppholdstillatelse blir forberedt i ministeriet og forelagt ministeren dersom det innstilles på innvilgelse eller det er tvil om utfallet. Folketinget blir forelagt ministeriets praksisnotat og rapporter om hvilke saker som er innvilget.

Åpenbart grunnløse asylsøknader kan ikke påklages. Utlændingesservice sender innstilling til Dansk Flygtningehjælp (privat humanitær organisasjon) som etter en samtale med asylsøkeren avgir uttalelse. Dersom Dansk Flygtningehjælp er enig i at søknaden skal anses som åpenbart grunnløs, får søkeren endelig avslag fra Utlændingesservice. Er Dansk Flygtningehjælp derimot uenig i at søknaden behandles som åpenbart grunnløs, går saken tilbake til Utlændingesservice og undergis vanlig toinstans-behandling.

Adgangen til politisk styring er forskjellig for oppholdssakene og asylsakene. Utover å kunne styre gjennom lov og forskrift, er ministeriet klageinstans for oppholdssakene og har dermed myndighet til å omgjøre negative vedtak fra Utlændingesservice. Ministeriet er også første og eneste instans for søknader om humanitær oppholdstillatelse. Videre har ministeriet i oppholdssakene myndighet til å gi generelle instruksjoner. I tillegg til de formelle styringskanalene er det uformell kontakt mellom ministeriet og Utlændingesservice, og tett samarbeid.

På asylfeltet er regjeringens styringsmuligheter begrenset. Verken Flygtningenævnet eller Utlændingesservice kan instrueres i konkrete asylsaker. Regjeringen kan her kun styre gjennom lov og forskrift. Som nevnt ovenfor vil ett av tre medlemmer i et nævn være en ansatt fra ministeriet og lederen for sekretariatet til Flygtningenævnet deltar i ledergruppen til ministeriet.

4.6 Norges internasjonale forpliktelser

4.6.1 Generelt om de internasjonale forpliktelsene på utlendingsfeltet

Utlendingers rettigheter og plikter er regulert i en rekke internasjonale avtaler som er bindende for Norge. FNs flyktningkonvensjon er den mest sentrale avtalen for personer som søker beskyttelse i et annet land. Videre gir bestemmelser i andre sentrale menneskerettskonvensjoner beskyttelse mot å bli sendt til områder der utlendingen risikerer å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dette gjelder særlig FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter artikkel 7, FNs konvensjon mot tortur artikkel 3 og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 3.

Internasjonale forpliktelser knyttet til familiens enhet kan også ha betydning for utlendingers rettigheter, for eksempel knyttet til søknader om familiegjeningforening. Den mest sentrale bestemmelsen er EMK artikkel 8 nr. 1, som slår fast at alle har rett til respekt for sitt privat- og familieliv. Etter artikkel 8 nr. 2 gis imidlertid statene en forholdsvis vid adgang til å gjøre unntak fra rettighetene. Det kan således gjøres unntak når dette er i samsvar med loven og er *nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.*

Innen EU er det etablert regelverk for asyl og felles grensekontroll. Norge deltar i samarbeidet om felles grensekontroll, men har ikke sluttet seg til de viktigste direktivene i EUs asylregelverk. Videre er fri bevegelighet for personer og tjenester et grunnleggende prinsipp i EØS-avtalen. Norge er forpliktet til å gi EØS-borgere og deres familimedlemmer rett til innreise, opphold og til å ta arbeid.

Enkelte bestemmelser i menneskerettighetskonvensjonene og i EU-regelverket berører utlendingers rett til å få prøvd sin sak for administrativ klageinstans eller domstol. Utvalget har gjennomgått hvilke forpliktelser slike bestemmelser innebærer for den norske stat, se punkt 4.6.2 og 4.6.3. Utvalget har særlig undersøkt og vurdert internasjonale krav knyttet til klageorganets uavhengige stilling.

Etter utvalgets oppfatning innebærer ikke Norges internasjonale forpliktelser noen begrensninger for vurderingen av om departementet bør ha en utvidet styringsrett over UNE. Menneskerettighetskonvensjonene og EU-regelverk som Norge er tilsluttet, setter i liten grad krav til klageinstansens uavhengighet i forhold til overordnet myndighet. Videre viser utvalget til norsk retts generelle adgang til domstolsprøving av forvaltningsavgjørelser. Denne adgangen til domstolsprøving vil ikke bli berørt av utvalgets forslag i delutredningen. Domstolsbehandlingen vil i de fleste tilfeller sikre utlendingen bedre rett til overprøving enn det som følger av de internasjonale forpliktelsene.

4.6.2 Menneskerettighetskonvensjonene

Grunnloven § 110c første ledd fastsetter følgende om Norges plikt til å oppfylle menneskerettighetene:

Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) gir fem sentrale menneskerettskonvensjoner direkte virkning i norsk rett, jf. § 2. De fem konvensjonene er:

FNs konvensjon om barnets rettigheter
Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter
FNs kvinnekonvensjon

Menneskerettsloven § 3 fastsetter at bestemmelsene i de fem konvensjonene ved motstrid skal gå foran bestemmelser i annen norsk lovgivning.

EMK artikkel 13 gir rett til effektiv prøving av en påstand om brudd på konvensjonen:

Art 13. Retten til et effektivt rettsmiddel

Enhver hvis rettigheter og friheter fastlagt i denne konvensjon blir krenket, skal ha en effektiv prøvningsrett ved en nasjonal myndighet uansett om krenkelsen er begått av personer som handler i offisiell egenskap.

Kravet om effektiv prøvningsrett innebærer ikke krav om domstolsbehandling.¹⁰¹ Administrativ klagebehandling kan være tilstrekkelig. Artikkel 13 stiller imidlertid krav til klageorganets myndighet og til saksbehandlingsgarantier. Dette er særlig understreket i tilknytning til utlendingers beskyttelse etter konvensjonens artikkel 3, som forbyr landene å sende utlendingen til land der de kan frykte tortur eller annen umenneskelig eller

¹⁰¹ Se blant annet dom fra EMD av 15. november 1996 i sak Chahal mot England pkt. 152.

nedverdiggende behandling. Den Europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har i slike tilfeller krevd en uavhengig og inngående undersøkelse av beskyttelsesbehovet:

*In the Court's opinion, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned.*¹⁰²

Et sentralt prinsipp er at offentlige organer ikke skal granske sine egne handlinger eller unnløtelser. Kravet om uavhengighet gjelder derfor først og fremst i forholdet mellom den overprøvende instans og den institusjonen som blir overprøvd. Artikkel 13 setter på denne måten krav til klageorganets uavhengighet i forhold til førsteinstansen.

En tilsvarende rett til effektiv overprøving er gitt i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 2 (3).

Videre gir EMK artikkel 6 rett til domstolsbehandling i straffesaker og saker som gjelder *borgerlige rettigheter og plikter*. Artikkel 6 gjelder ikke bare rent privatrettslige forhold, men omfatter også en del forvaltningssaker. Ifølge EMDs praksis gjelder artikkel 6 imidlertid ikke for saker om statsborgerrett, asyl, bortvisning og utvisning.

4.6.3 EU-regelverket

I 1999 startet EU arbeidet med å etablere et felles europeisk regelverk for behandling av asylsøkere. Arbeidet har grunnlag i Amsterdamtraktaten som trådte i kraft 1. mai 1999. Arbeidet har resultert i forskjellige direktiver med felles minimumsstandarder for behandling av asylsaker og asylsøkere. Målsetningen er å etablere en felles asylprosedyre i medlemslandene innen 2012.

De mest sentrale EU-direktivene knyttet til asyl er:

Direktiv 2004/83/EF om anerkjennelse av flyktninger og andre personer som trenger internasjonal beskyttelse, og innholdet i en slik beskyttelse (statusdirektivet).

Direktiv 2003/9/EF om mottak av asylsøkere i medlemsstatene (mottaksdirektivet).

Direktiv 2005/85/EF om prosedyrer for tildeling og fratakelse av flyktningstatus i medlemsstatene (prosedyredirektivet). Direktivet inneholder blant annet regler om rett til overprøving ved domstol eller tribunal og om gratis rettshjelp i klageomgangen.

EU-kommisjonen har lagt fram forslag til en rekke endringer i statusdirektivet og prosedyredirektivet.¹⁰³ Blant annet foreslår kommisjonen bedre rett til gratis rettshjelp og en mer fullstendig overprøving av asylvedtakene ved domstol eller tribunal. I tillegg foreslår kommisjonen automatisk utsatt iverksettelse ved klage.

¹⁰² Dom fra EMD av 11. oktober 2000 i sak Jabari mot Tyrkia.

¹⁰³ COM (2009) 554.

Verken statusdirektivet, mottaksdirektivet eller prosedyredirektivet er forpliktende for Norge.

Norge er imidlertid knyttet til EUs regelverk på utlendingsfeltet gjennom Schengen-samarbeidet og Dublin-regelverket. Videre er Norge gjennom EØS-avtalen omfattet av EUs regelverk for fri bevegelighet av personer innenfor unionen.

Schengen-samarbeidet innebærer først og fremst en felles grensekontroll ved EUs yttergrense. Grensekontrollen mellom de enkelte EU-landene er opphevet. Samarbeidet er regulert i Schengen-konvensjonen, som også omfatter politisamarbeid, rettslig samarbeid i straffesaker og harmonisering av visumpolitikken.

Etter en særskilt avtale med EU, har Norge rett og plikt til å anvende hele Schengen-regelverket. Norge er også forpliktet til å implementere nytt EU-regelverk som er en videreutvikling av Schengen-regelverket. Dette gjelder blant annet direktiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for tilbakesendelse av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (returdirektivet). Direktivet gjelder tilbakesendelse til land utenfor Schengen-territoriet, herunder utvisning med innreiseforbud for utlendinger som sendes tilbake.

Returdirektivet gjelder ikke for personer som har en asylsøknad til behandling i Norge eller et annet land innenfor Schengen. Returdirektivet kan bare anvendes overfor personer som ikke har søkt om asyl eller som har fått endelig avslag på sin asylsøknad.

Direktivet har et eget kapittel om rettssikkerhetsgarantier, som blant annet krever at vedtakene om tilbakesendelse og utvisning er skriftlige og begrunnede. Videre skal utlendingen ha adgang til effektiv overprøving av vedtaket, jf. artikkel 13 nr. 1:

Den pågældende tredjelandsstatsborger skal have adgang til effektive retsmidler til at klage over eller søge prøvning af afgørelser vedrørende tilbagesendelse som omhandlet i artikel 12, stk. 1, ved en kompetent retslig eller administrativ myndighed eller et kompetent organ, sammensat af medlemmer, der er upartiske og er sikret uafhængighed.

Det særlige kravet om uavhengighet antas å være knyttet til det siste alternativet blant de mulige prøvingsinstanser; *kompetent organ, sammensat av medlemmer.*

Returdirektivet artikkel 13 nr. 4 inneholder regler om gratis rettshjelp. Bestemmelsen pålegger Norge å sørge for at det gis gratis rettshjelp i forbindelse med klagen *i henhold til den relevante nationale lovgivning eller relevante nationale regler om rettshjelp...*

Dublin II-forordningen (Rådets forordning 343/2003/EF) er forpliktende for Norge gjennom egne avtaler mellom Sveits, Island, Norge og EU. Forordningen fastsetter hvilket land som er ansvarlig for å behandle en asylsøknad som framlegges i Norge, Island, Sveits eller en medlemsstat.

Hovedregelen er at asylsøknaden skal behandles av medlemsstaten der søkeren har eller burde ha levert inn sin første søknad. Forordningen fastsetter unntak for blant annet mindreårige. Avgjørelsen om overføring av asylsøkeren til annen medlemsstat skal være skriftlig og begrunnet. Forordningen krever også at avgjørelsen skal kunne påklages eller bringes inn for en domstol (jf. art. 19 nr. 2 og art. 20 nr. 1 bkst. e).

Forordningen inneholder ikke krav til klageorganet eller krav om fri rettshjelp. Forordningen er imidlertid foreslått omarbeidet, blant annet med en forsterket klagerett. I forslaget som per i dag er til behandling i EU, er det krav om *court or tribunal* som klageinstans for vedtak om overføring av en asylsøker til en annen medlemsstat.

Direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium er forpliktende for Norge gjennom EØS-avtalen. Artikkel 31 jf. artikkel 15 fastsetter rett til domstolsprøving og eventuelt administrativ klagebehandling av vedtak som begrenser EU- eller EØS-borgeres og deres familiemedlemmers frie bevegelighet. Direktivet inneholder ikke bestemmelser om rettshjelp.

5. Utvalgets vurdering av departementets instruksjonsmyndighet

5.1 Innledning

Som redegjort for i kapittel 1, har regjeringen bedt utvalget om å levere deler av utredningen innen 1. april 2010. Delutredningen omfatter strekpunktene om instruksjon og foreleggelse av prinsipielle saker i mandatets punkt 14. Strekpunktet om instruksjon gjelder spørsmålet om departementet bør ha kompetanse til å gi generelle instruksjoner til klageinstansen om behandlingen av enkeltsaker.

Etter gjeldende regler er departementets adgang til rettslig styring av klageinstansen begrenset. Departementet kan ikke instruere UNE om avgjørelse av enkeltsaker eller gi UNE generelle instruksjoner om lovtolkningen eller skjønnsutøvelsen. Utvalget vurderer i dette kapitlet om departementet i større grad skal ha myndighet til å gi generelle instruksjoner til UNE.

Utvalget tar utgangspunkt i de fire hovedhensynene som det er redegjort for i kapittel 2: politisk styring, effektivitet, legitimitet og rettssikkerhet. Spørsmålet er hvilken betydning en utvidet instruksjonsmyndighet vil ha for de fire hovedhensynene.

Utvalgets vurderinger legger til grunn dagens klagesaksmodell, med UNE som klageinstans for UDIs vedtak. Vurderingene legger også til grunn dagens organisering av klagesaksbehandlingen internt i UNE, herunder gjeldende regler for lekmannsrepresentasjon og avgjørelsesformer.

Delutredningen tar utgangspunkt i dagens adgang til å gi UDI generelle instruksjoner, jf. henvisningen i mandatets punkt 14. Utvalget vurderer om departementet helt eller delvis skal gis den samme instruksjonsmyndigheten i forhold til UNE.

Utvalget har også tatt hensyn til andre former for styring som departementet kan benytte seg av i forhold til utlendingsforvaltningen. Behovet for utvidet instruksjonsmyndighet er således vurdert i forhold til det totale styringsbildet. I dette bildet inngår både rettslig bindende styringsvirkemidler som forskrifter, tildelingsbrev og etatsstyringsmøter, og ikke bindende virkemidler i form av veiledninger, signalgiving o.l.

Det er en sammenheng mellom spørsmålet om instruksjonsmyndighet og spørsmålet om foreleggelse av prinsipielle enkeltsaker som utvalget behandler i kapittel 6. En plikt for UNE til å forelegge prinsipielle enkeltsaker for departementet til uttalelse eller avgjørelse vil ikke bare ha betydning for den aktuelle saken. Departementets avgjørelse eller uttalelse vil også legge føringer for UNEs praksis i tilsvarende saker, og vil således ha mange av de samme virkningene som generelle instruksjoner.

5.2 Mulige alternativer for departementets instruksjonsmyndighet

Utvalget viser til at departementets instruksjonsmyndighet over UNE kan innrettes på forskjellige måter.

For det første kan gjeldende ordning videreføres og klargjøres. Dette innebærer at departementet fortsatt vil være avskåret både fra å gi generelle instruksjoner om lovtolkningen og skjønnsutøvelsen, og fra å kunne instruere i enkeltsaker. Videreføringen kan kombineres med en nærmere klargjøring av instruksjonsmyndigheten i forhold til faktavurderinger og saksbehandlingen.

For det andre kan departementet gis samme generelle instruksjonsmyndighet over UNE som over UDI. Etter et slikt alternativ vil departementet kunne gi UNE generelle instruksjoner om lovtolkning, skjønnsutøvelse, saksbehandling og fakta. Departementet vil imidlertid fortsatt være avskåret fra å instruere i enkeltsaker.

For det tredje kan det tenkes forskjellige mellomløsninger. For eksempel kan det være ulik instruksjonsmyndighet for UNEs lovtolkning, skjønnsutøvelse og faktavurderinger. Et annet eksempel er at departementets generelle instruksjonsmyndighet begrenses til nærmere bestemte sakstyper.

Alternativene ovenfor gjelder praktisering av utlendingsloven eller statsborgerloven. Delutredningen avgrenses mot vurderinger av departementets styringsrett i forhold til andre relevante lover som praktiseres av UNE, for eksempel offentleglova og forvaltningsloven.

Utvalget foreslår ingen endringer i departementets instruksjonsmyndighet i saker som berører grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn (sikkerhetssaker). I slike saker bør departementet fortsatt ha full instruksjonsmyndighet, også om avgjørelsen av den enkelte sak.

5.3 Utvalgets vurderinger

5.3.1 Generell bakgrunn

Verken Grunnloven eller andre konstitusjonelle regler fastsetter begrensninger for Stortingets kompetanse til å regulere regjeringens og departementets instruksjonsmyndighet over UNE. Det er heller ingen slike begrensninger i Norges internasjonale forpliktelser. Stortinget står således fritt til å vedta en utvidet instruksjonsmyndighet. Fordi instruksjonsmyndigheten i dag er regulert i lov, må også endringer i denne myndigheten skje ved lovvedtak.

Grunnlovens utgangspunkt er en hierarkisk oppbygd statsforvaltning, med departementene og regjeringen som overordnet for de andre forvaltningsorganene. Dette utgangspunktet ble også understreket ved Stortingets behandling av Ingvaldsenutvalgets utredning i 1977, se nærmere omtale i punkt 3.4. Stortinget vedtok den gangen en hovedregel om regjeringens og departementenes instruksjonsmyndighet over andre deler av statsforvaltningen. Unntak fra denne hovedregelen må begrunnes i særlige hensyn.

I punkt 3.5 gjennomgår utvalget styringsforholdene på enkelte andre forvaltningsområder. Gjennomgangen omfatter områder der forvaltningen fatter avgjørelser av vesentlig velferdsmessig betydning for den enkelte. Innen enkelte områder er det opprettet uavhengige klageinstanser som er unntatt fra departementets instruksjonsmyndighet og

omgjøringskompetanse. I skattesaker kan det klages til uavhengige skatteklagenemnder og i trygdesaker behandler Trygderetten klager på vedtak fra NAV Klageinstans.

Til behandlingen av særlig inngripende vedtak er det opprettet uavhengige førsteinstanser. Dette gjelder vedtak om tvangstiltak innenfor psykisk helsevern og barnevern og sosialtjenesten. Slike saker behandles av henholdsvis kontrollkommisjoner og fylkesnemnder for barnevern og sosiale saker.

Innenfor mange av saksområdene gjelder imidlertid hovedregelen om departementets styringsrett. Departementet har full instruksjonsmyndighet når statlig klageinstans behandler saker om sosialtjenester og rett til helsetjenester, adopsjonssaker og saker om rett til grunnskole eller videregående opplæring. Videre har departementet instruksjonsmyndighet over Arbeidstilsynet.

Det er således valgt ulike løsninger for styringsretten på de sentrale velferdsområdene, med full instruksjonsmyndighet på noen områder og uavhengige klageinstanser på andre områder. På ingen av de gjennomgåtte områdene er det valgt mellomløsninger i form av delvis instruksjonsmyndighet slik departementet har i forhold til UDI.

Det er særlig hensynet til rettssikkerheten som har begrunnet valg av uavhengig klageinstans i skatte- og trygdesaker og i saker om tvangstiltak i psykisk helsevern og barnevern.

I forbindelse med opprettelsen av UNE tok departementet utgangspunkt i hovedregelen om departementets instruksjonsmyndighet. Departementet mente imidlertid at det forelå særlige hensyn som kunne begrunne en uavhengig klageinstans. Det var snakk om særlig inngripende vedtak, saker som ofte ble påklaget og vedtak som i særlig stor grad engasjerte presse, lokalsamfunn og politiske partier.

Departementet vurderte også hensynet til rettssikkerheten. Departementet mente at rettssikkerheten ble tilstrekkelig ivaretatt med departementet som klageinstans i utlendingssakene. En uavhengig nemnd ville imidlertid ha større tillitt hos klagerne og befolkningen for øvrig. Hensynet til legitimitet var således fremtredende ved opprettelsen av UNE.

I tillegg var det et sentralt poeng å løfte de enkelte utlendingssakene ut av departementet. Departementet kunne dermed frigjøre tid til generelle oppgaver. Se også utvalgets gjennomgang av begrunnelsene for å opprette en uavhengig klageinstans på utlendingfeltet i punkt 4.1.

Det er viktig å understreke at utvalgets vurderinger ikke gjelder spørsmålet om det skal være politisk styring eller ikke, men graden av slik styring. Utvalgets vurderinger berører således ikke politikernes adgang til å styre gjennom lov, forskrift og budsjett.

I punkt 4.5 gjennomgår utvalget klageordningene, herunder muligheten for politisk styring, i Sverige og Danmark. I Sverige er, i likhet med i flere andre europeiske land, forvaltningsdomstolene klageinstans i utlendings- og statsborgerskapsaker. Styringen av praksis er dermed begrenset til å skje gjennom lov og forskrift. En viss form for politisk innflytelse skjer også gjennom lekmannsrepresentasjonen i Migrationsdomstolen, ved at lekfolk blir nominert av de politiske partiene.

I Danmark er det derimot en sterkere politisk kontroll med utlendingssakene. Integrationsministeriet er klageinstans i andre saker enn asylsaker og ministeriet avgjør søknader om opphold på humanitært grunnlag som eneste instans.

I asylsakene er styringsmulighetene mer begrenset og regjeringen kan verken gi instruks til klageinstansen, Flygtningenævnet, eller førsteinstansen. Flygtningenævnet betegnes som et domstolslignende organ og medlemmene i nævnet betegnes som uavhengige. Etter utvalgets vurdering inneholder imidlertid ordningen enkelte elementer som modifierer nævnets uavhengighet. Det vises til at det ene av de tre medlemmene i en nævnd er ansatt i ministeriet, sekretariatet til nævnet er formelt ansatt i ministeriet og lederen av sekretariatet deltar i ledergruppen i ministeriet.

Utvalget har innhentet synspunkter på dagens styringsforhold fra berørte instanser på feltet. Det vises til fremstillingen som er gitt i punkt 4.4.3.

5.3.2 Hensynet til politisk styring

Utvalget viser til hovedregelen om at regjeringen og departementet har full instruksjonsmyndighet over de øvrige delene av statsforvaltningen. Det er den politisk valgte ledelsen som, med sitt mandat fra folket, skal styre samfunnsutviklingen. Hovedregelen bygger dermed på grunnleggende prinsipper i vårt demokrati. Unntak fra denne hovedregelen må begrunnes i særlige hensyn på det enkelte forvaltningsområde eller knyttet til den enkelte typen forvaltningssaker.

Formelt sett innebærer hovedregelen en fullstendig adgang til politisk styring av underliggende statsorganer, så lenge regjeringen og departementene holder seg innenfor lov og forskrift og Stortingets budsjettvedtak. Utgangspunktet er derfor at hensynet til politisk styring blir bedre ivaretatt dersom styringsforholdene i utlendingsforvaltningen blir mer lik hovedregelen. En adgang for departementet og regjeringen til å gi generelle instruksjoner til UNE skulle dermed medføre en bedre ivaretagelse av hensynet til politisk styring.

Hensynet til politisk styring må imidlertid veies mot andre hensyn. Det må vurderes om hensynet til effektivitet, rettssikkerhet og legitimitet tilsier at instruksjonsmyndigheten er mer begrenset. I denne forbindelse er det nødvendig å vurdere hvilket behov det er for politisk styring på utlendingsfeltet, herunder behovet for at styringen skjer gjennom instruks.

Utvalget viser til at innvandringspolitikken kan ha store økonomiske og sosiale konsekvenser og berøre viktige samfunnsinteresser. Politikken gjelder ikke bare enkeltskjebner, men også generelle forhold knyttet til migrasjon og et lands muligheter til å ta imot et stort antall innvandrere på en god måte. Utlendingsfeltet er preget av stor politisk oppmerksomhet. Media følger feltet nøye og det er omfattende politisk debatt om innvandringssspørsmål. Alle slike forhold understreker behovet for en omfattende adgang til politisk styring av utlendingsforvaltningen.

Begrensede styringsmuligheter kan skape misforhold mellom politisk ansvar og politisk makt til å styre utviklingen på utlendingsfeltet. Et slikt misforhold kan bidra til at departementet i større grad benytter uformelle kanaler eller at det oftere foretas mer generelle endringer i

organisasjons- og styringsforholdene. Uavhengighet kan også føre til strengere kontroll med krav om informasjonstilbakeføring og rapportering.¹⁰⁴

Det er stor oppmerksomhet rundt enkeltsaker og konkrete forhold på utlendingsfeltet. Dersom departementet ikke kan gi generell instruks knyttet til endringer i de faktiske forholdene og andre lands praksis, kan den politiske løsningen være å utrede de prinsipielle sidene av saken med sikte på lov- eller forskriftsendringer. Endringer i lov og forskrift kan dermed i uforholdsmessig stor grad bli styrt av enkeltsaker eller endringer i de konkrete forholdene.

5.3.3 Hensynet til effektivitet

UNE er i dag gjenstand for politisk styring gjennom lov og forskrift. Videre gir statsbudsjettet med tilhørende tildelingsbrev fra departementet instruks om prioritering av saker, produksjonsmengde, brukervennlige vedtak og rapportering.

Utvalget har vurdert om de eksisterende styringsvirkemidlene i forhold til UNE i tilstrekkelig grad ivaretar hensynet til effektivitet. Som redegjort for i kapittel 2, kan effektivitet i forvaltningen deles inn i *teknisk effektivitet* og *økonomisk effektivitet*. I vurderingen av teknisk effektivitet blir spørsmålet om dagens styringsvirkemidler i tilstrekkelig grad kan bidra til å virkeliggjøre de målene som er fastsatt for utlendingsforvaltningen.

Forskrifter gitt av departementet synes som det mest relevante alternativet til generelle instruks. Utlendingsloven gir allerede i dag departementet vide fullmakter til å gi forskrifter. Videre står Stortinget fritt til å utvide departementets fullmakter. Spørsmålet er imidlertid om forskrifter kan ivareta hensynet til en effektiv politisk styring i samme grad som instruks.

De faktiske forholdene på utlendingsfeltet skifter raskt og det er vanskelig å forutsi utviklingen. Både situasjonen i asylsøkernes hjemland og sammensetningen av søkermassen kan endre seg forholdsvis raskt. Våre nabolands politikk kan også endres raskt og gi behov for endringer i norsk utlendingspraksis.

Et sentralt mål ved behandling av utlendingssaker, er at norsk praksis hele tiden er tilpasset de endringene som skjer andre steder i verden. Dette krever at praksis raskest mulig tar opp i seg endrede forhold i asylsøkernes hjemland og i andre land det er aktuelt å sende asylsøkeren tilbake til. Videre må norske utlendingsmyndigheter fortløpende forholde seg til andre lands praksis, slik at det ikke oppstår perioder med ubegrunnede forskjeller.

Etter utvalgets oppfatning er instruks på mange måter bedre egnet til å ivareta en effektiv styring av utlendingsfeltet enn forskrifter. Instruks kan gis vesentlig raskere enn forskrift, og kan i motsetning til forskrift oppheves umiddelbart uten forutgående offentlig høring. Instruks kan derfor lettere styre et felt med stort behov for midlertidige løsninger, der det raskt oppstår nye situasjoner som må styres og med akutte problemer rundt nye grupper av utlendinger. Lov og forskrift kan være et mindre egnet styringsvirkemiddel i slike situasjoner.

¹⁰⁴ T. Christensen, P. Lægroid og A.R. Ramslie (2006). Styring og autonomi. Organisasjonsformer i norsk utlendingsforvaltning. Oslo: Universitetsforlaget, s. 171.

Den situasjonen som det er nødvendig å styre, kan være over før forskriften eller loven er endret.

På den annen side kan også UNE tilpasse sin praksis etter endrede faktiske forhold. For eksempel vil forbedrede forhold i asylsøkernes hjemland kunne føre til at UNE gir færre klagere medhold. Utvalget går ut fra at slike endringer skjer raskt, ved at nye faktiske forhold blir lagt til grunn i de enkelte klagesakene med én gang nødvendig kunnskap og dokumentasjon foreligger. Utvalget antar at en slik tilpasning til nye faktiske forhold eventuelt kan skje raskere gjennom UNEs behandling av den enkelte saken, enn ved en instruks fra departementet.

I en del tilfeller kan instruksene også komme for sent i forhold til utviklingen i en konkret situasjon. For eksempel kan forholdene i det aktuelle landet endre seg før det er praktisk mulig å utforme en instruks. UNEs praksis i enkeltsaker kan i slike tilfeller lettere følge med endringer i de faktiske forholdene.

Praksisendringer i UNE må imidlertid skje gjennom avgjørelse av enkeltsaker, eventuelt ved behandling av utvalgte saker i stornemnd. Dette kan medføre at praksis blir mindre sammenhengende enn om endringene hadde skjedd på bakgrunn av en generell instruks. Det kan også ta tid før UNEs enkeltavgjørelser avtegner seg i en fast praksis. I enkelte tilfeller kan det også være usikkert hva som er UNEs praksis før stornemnda har fattet et prinsippvedtak.

Departementet kan som et alternativ til instruks be om at saken blir behandlet i stornemnd, slik at de prinsipielle sidene av et saksfelt blir avklart. Det er imidlertid usikkert i hvilken grad dette er et effektivt styringsvirkemiddel for departementet. For det første har departementet liten innflytelse på utfallet av stornemndas behandling. For det andre tar det forholdsvis lang tid å behandle en sak i stornemnd.

Stornemnda har også vært lite benyttet. Siden ordningen med stornemnd ble etablert i september 2005, har stornemnda behandlet til sammen ni saker. Flere av sakene gjaldt samme prinsipielle spørsmål. Så langt ser det derfor ut til at stornemnda har spilt en liten rolle i utvikling av praksis etter utlendingsloven og statsborgerloven.

Utvalget viser også til at utlendingsfeltet er komplisert, med mange ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Fordi det er enklere både å gi instruks og å oppheve en instruks, vil det være mer praktisk å detaljregulere i instruks enn i forskrift. På den måten kan det være lettere å ivareta alle relevante forhold i instruks. På den annen side kan den offentlige høringen som går forut for vedtakelse av forskrift, bidra til bedre opplysning av saksforholdene. Høringsuttalelsene kan gi nødvendige korrektiv til de faktiske forholdene som er lagt til grunn og spille inn ytterligere hensyn som bør ivaretas.

Behovet for å instruere UNE på samme måte som UDI melder seg når departementet ønsker å stramme inn gjeldende praksis. I slike tilfeller vil søkere som får avslag på grunnlag av departementets instruks til UDI klage til UNE. Fordi UNE ikke er bundet av instruksene, kan en slik klage medføre at UDIs vedtak blir omgjort. Dersom UNE ikke er enig i departementets praksisomlegging, vil instruksene ha liten eller ingen praktisk betydning. Resultatet er dermed at departementet ikke får gjennomført de ønskede innstrammingsiltakene uten å gå veien om forskrifts- eller lovendringer.

For eksempel fikk ikke departementets instruks av 21. juli 2008 om overføring av asylsøkere til Hellas noen særlig praktisk betydning. Departementet ønsket å åpne for slike overføringer etter en individuell vurdering. UNE stilte imidlertid behandlingen av sakene i bero fram til 23. mars 2009. Heller ikke etter denne datoen ble det behandlet særlig mange saker om retur til Hellas. Det var først ved stornemndas vedtak av 1. februar 2010 at praksis ble avklart slik at de resterende sakene kunne ferdigbehandles. På dette tidspunktet hadde UNE ca. 900 ubehandlede Hellas-saker.

Tilsvarende misforhold mellom departementets instruks og UNEs praksis gjorde seg også gjeldende i saker om oppholdstillatelse til asylsøkere fra Sør-Somalia, se punkt 4.4.2.

Etter utvalgets vurdering illustrerer dette at dagens styringsvirkemidler ikke i tilstrekkelig grad bidrar til å virkeliggjøre de målene som er satt. Instruks vil være bedre egnet til å ivareta en effektiv styring av utlendingsfeltet enn forskrifter, ved at instruks kan gis og oppheves raskere og ved at det er mer praktisk å detaljregulere i en instruks enn i en forskrift.

5.3.4 Særlig om økonomisk effektivitet

Videre mener utvalget at en utvidet instruksjonsmyndighet kan ha positiv effekt på ressursbruken i utlendingsforvaltningen. Instruks kan være mer detaljerte og gis raskere enn forskrifter. Instruks kan derfor raskere skape en felles praksis i UDI og UNE, som også er mer konkret tilpasset de sakene som er til behandling.

Utvalget antar at en felles og raskere etablert praksis kan bidra til at den totale saksbehandlingstiden i UDI og UNE blir kortere. Det vil blant annet bli mindre behov for å la saker ligge i bero i påvente av at praksis skal bli avklart gjennom forskriftsendringer eller gjennom vedtak i stornemnda. UDI må også stille saker i bero i påvente av departementets instruks, men utvalget legger til grunn at dette gjelder et vesentlig kortere tidsrom enn når saksbehandlingen må vente på forskriftsendring.

Ulikheter i praksis – eller usikkerhet om hva som er praksis – kan også på andre måter forsinke saksbehandlingen og medføre økt ressursbruk. Behandlingen av hver enkelt sak antas å være mer ressurskrevende når det ikke foreligger tilstrekkelige retningslinjer for lovtolkningen eller skjønnsutøvelsen.

I en del tilfeller kan instruks også bidra til en raskere etablering av praksis internt i UNE. I dag må praksis avklares gjennom flere nemndbehandlinger eller ved behandling i stornemnd. En generell instruks fra departementet kan også til en viss grad bidra til at færre av klagesakene må behandles i nemnd og ikke av nemndleder eller sekretariatet alene. Etter utlendingsloven § 78 tredje ledd skal saker som *byr på vesentlige tvilsspørsmål* behandles i nemndmøte med nemndleder og to lekmedlemmer. En instruks kan for eksempel avgjøre tvil om skjønnsutøvelsen og dermed fjerne tvilsspørsmål som ellers ville krevd behandling i nemndmøte.

Instruks kan dermed bidra til lavere kostnader både til saksbehandlingen og til søkerens opphold i Norge mens de venter på vedtak. Hensynet til økonomisk effektivitet er derfor et argument for at det innføres en adgang for departementet til å gi generelle instruks til UNE.

5.3.5 Hensynet til rettssikkerhet og legitimitet

Rettssikkerhet innebærer at den enkelte er sikret mot vilkårlig behandling fra utlendingsforvaltningens side. Videre betyr rettssikkerhet at forvaltningen fatter korrekte beslutninger om den enkeltes rettigheter og at den enkelte kan forutberegne sin rettslige stilling. Rettssikkerheten setter i første rekke krav til forvaltningens saksbehandling. Forvaltningen må bygge avgjørelsen på et mest mulig korrekt faktum, legge vekt på saklige hensyn og behandle like saker likt. Hensynet til rettssikkerheten krever også en adgang til få avgjørelser overprøvd av forvaltningsorgan på høyere nivå og av domstolene.

Mange av utlendingssakene gjelder spørsmål av stor velferdsmessig betydning for den enkelte. For eksempel vil asylsaker omfatte vurderinger av fare for forfølgelse og umenneskelig behandling ved retur til hjemlandet. Et vedtak om utvisning vil innebære at utlendingen må forlate Norge, kanskje etter mange års opphold og etter å ha stiftet familie her. Videre kan et ja eller nei i en sak om familiegjening være avgjørende for om en familie får leve sammen i Norge eller ikke. I mange av sakene er det også vanskelig å klarlegge de faktiske forholdene, blant annet fordi bevisene befinner seg i et annet land langt fra Norge. Stor velferdsmessig betydning og en komplisert bevissituasjon krever i særlig grad en saksbehandling som sikrer korrekte beslutninger.

Legitimitet handler om i hvilken grad forskjellige grupper i samfunnet aksepterer UNEs klagesaksbehandling i utlendingssaker som rettmessig og korrekt. Dette kan blant annet omfatte en aksept av at avgjørelsene er i samsvar med lov og forskrift og at den enkeltes rettssikkerhet er ivaretatt i saksbehandlingen. Videre kan det omfatte en aksept av at UNEs praksis har en demokratisk forankring, det vil si at praksis er i samsvar med det rådende politiske syn i regjering, Storting og i befolkningen.

Det vises også til utvalgets presentasjon av hensynet til rettssikkerhet og legitimitet i kapittel 2. I punkt 2.5 drøfter utvalget forholdet mellom rettssikkerhet og legitimitet. I hovedsak er dette forholdet uproblematisk. Sterk rettssikkerhet gir vanligvis høy legitimitet i befolkningen. Enkelte vil imidlertid oppfatte at UNEs praksis er feil i sin individuelle sak eller ut fra sitt generelle politiske syn, selv om saksbehandlingen oppfyller alle krav til rettssikkerhet.

Utvalget har vurdert i hvilken grad en adgang for departementet til å gi generelle instruks vil svekke UNEs legitimitet eller rettssikkerheten for den enkelte. Vurderingene gjelder kun spørsmålet om å gi bestemmelser om generelle forhold og berører ikke departementets avgrensede instruksjonsmyndighet i den enkelte sak. Videre er det viktig å merke seg at alle vedtak fra UNE fortsatt skal kunne overprøves av domstolene. Denne domstolskontrollen blir ikke berørt av utvalgets vurderinger i delutredningen.

Legitimitet og rettssikkerhet sikres også ved at UNE må følge forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Videre inneholder utlendingsloven særlige saksbehandlingsregler med krav om nemndbehandling og muntlig forklaring i enkelte saker.

Et alternativ til å gi generelle bestemmelser i instruks, er å gi bestemmelsene i forskrifter. Spørsmålet er om generelle bestemmelser gir bedre rettssikkerhet når de er vedtatt som forskrift, og ikke i instruks.

En instruks er rettet til forvaltningen og gir ikke rettigheter for den enkelte, slik forskrifter gjør. Brudd på instruks medfører som hovedregel ikke at vedtaket er ugyldig, mens vedtak

fattet i strid med forskrift lettere blir ugyldig. Forskrifter kan dermed påberopes av den enkelte. For eksempel kan det være gitt en forskrift om at visse saker skal behandles i nemnd med personlig fremmøte. Et vedtak som fattes i strid med forskriftsbestemmelsen vil mest sannsynlig bli ugyldig, mens et vedtak som er fattet i strid med en tilsvarende bestemmelse i instruks mest sannsynlig ikke vil bli ansett som ugyldig. Det kan derfor argumenteres at forskrifter gir større rettssikkerhet enn instruks.

Argumentet er imidlertid mindre holdbart i de tilfellene instruksen innebærer en mer restriktiv praksis enn det loven og forskriften åpner for. Utvalget legger til grunn at instruks fører og fremst er aktuelt å gi når departementet ønsker å stramme inn gjeldende praksis. Manglende adgang til å påberope seg instruks vil derfor i praksis ha mindre betydning for utlendingens rettssikkerhet.

Forskrifter gir normalt større forutberegnelighet og oversikt for den enkelte, ettersom det er større åpenhet rundt vedtakelsen av forskrifter, særlig ved krav om offentlig høring.

I enkelte sammenhenger kan imidlertid instruks også gjøre det lettere for klagerne å sjekke om ulovlig forskjellsbehandling har funnet sted og gjøre den rettslige situasjonen mer forutsigbar. Dette vil gjelde situasjoner der det på grunn av tidsaspektet ikke er praktisk mulig å gi forskrift og der instruks er den eneste muligheten for generell styring av situasjonen. I en slik situasjon kan instruks gjøre praksis lettere tilgjengelig enn om klageren i stedet må lese mange nemndvedtak for å finne praksis.

Ved opprettelsen av UNE ble mulighetene for politisk styring av klageinstansen begrenset til å skje gjennom lov og forskrift, og avskåret i enkeltsaker. Spørsmålet utvalget skal vurdere er om den politiske styringen skal styrkes gjennom adgang til å gi generelle instruks til UNE.

I den sammenheng er det av betydning å se på hva som skiller instruks og forskrifter. En viktig forskjell er allerede påpekt. Forskriften er formelt bindende i alle retninger, mens instruks bare kan binde forvaltningen. Felles for begge instrumentene er imidlertid at de for å være lovlige/gyldige, må ligge innenfor lovens rammer.

Sett fra departementets side synes instruks å ha to særlige egenskaper sammenlignet med forskriften. En instruks kan som et utgangspunkt gis umiddelbart, uten noen forutgående saksbehandling, høringsrunde eller annet. Forskrifter må på sin side fastsettes i samsvar med forvaltningsloven kapittel VII, samt interne rutiner og instruks for utredninger med videre.¹⁰⁵ Det vil normalt gå flere måneder fra et reguleringsbehov erkjennes, til forskriften har trådt i kraft.

For det annet kan det synes som om visse materielle bestemmelser lettere lar seg nedfelle i en instruks enn i forskriftsformen. Om departementet f.eks. ønsker å bestemme hvordan sikkerhetssituasjonen i et land eller en region skal vurderes, kan det synes vanskelig å nedfelle dette i den strukturen som normalt følges i en forskrift. Forskrifter er normalt formulert på samme måte som lover, det vil si at man ideelt sett formulerer seg i setninger med to ledd, der første ledd beskriver et faktum (vilkårssiden) og annet ledd en rettsvirkning (virkningssiden), altså slik: *dersom faktum er x, så er rettsvirkningen y.*

¹⁰⁵ Jf. bl.a. utredningsinstruks.

Det faktum at en instruks kan gis raskt og uten noe formelt krav til utredning, høring osv, representerer samtidig den største utfordringen. Grunnen til at instruks kan framstå som mindre legitime enn forskrifter, ligger blant annet i at det ikke er nødvendig med samme grundige forberedelse og/eller åpenhet.

Gjennom den praksis som har utviklet seg mellom departementet og UDI, jf. særlig rundskriv GI-06/2010, imøtekommes deler av de generelle innvendingene mot instruks. Gjennom blant annet kravet om at instruksene skal gis skriftlig, har man sikret at departementet vil foreta en grundig vurdering og man har sikret notoritet om hva instruksen går ut på. Erfaringen så langt viser dessuten at departement har brukt lang tid på å utforme instruks i de tilfellene der UDI har bedt om avklaringer.

Det kan blant annet vises til at departementets instruks vedrørende Sør-Somalia¹⁰⁶ ble avgitt etter nesten ti måneder (spørsmålet ble reist 13. februar 2008 og svaret kom 3. desember 2008), instruksen om Irak¹⁰⁷ kom etter vel fire måneder (spørsmålet ble reist 23. juni 2008 og svaret kom 1. november 2008), mens Gaza-instruksen¹⁰⁸ kom etter to måneder (spørsmålet ble reist 5. mai 2009 og svaret kom 3. juli 2009).

Ved kravet om at instruksene skal gjøres offentlig tilgjengelig gjennom gode rutiner for publisering, unngår man redusert forutberegnelighet for den enkelte.

Utvalget viser videre til at instruksjonsmyndighet kan avhjelpe problemer med ulik praksis internt i UNE, mellom forskjellige nemndbehandlinger og forskjellige nemndledere, jf. punkt 5.3.4. Generelle instruks kan sikre enhetlig praksis raskere enn stornemnd og raskere enn forskrift, og gir dermed større grad av likebehandling.

Instruksjonsmyndighet kan imidlertid svekke oppfatningen av at UNE er uavhengig i forhold til departementet, og dermed også svekke UNEs legitimitet. En instruks kan, selv med de formkravene departementet har bundet seg til overfor UDI, komme raskere og være mer konkret enn en forskrift, og kan i større grad oppfattes som direkte styring fra departementet. Samme instruks til førsteinstans og klageinstansen kan også påvirke inntrykket av en reell toinstansbehandling.

Mot dette kan det argumenteres at utvalgets vurderinger gjelder generelle instruks. Det skal fortsatt være en reell toinstansprøving i den individuelle saken innenfor de rammer som, helt legitimt, er fastsatt på politisk nivå. Det må dessuten gjentas at utgangspunktet i norsk forvaltning er full departemental instruksjonsmyndighet også i enkeltsaker, herunder ved klagebehandling, se punkt 3.5.

5.3.6 Oppsummering og konklusjon

Utgangspunktet er at hensynet til politisk styring blir bedre ivaretatt dersom styringsforholdene i utlendingsforvaltningen blir mer lik hovedregelen om at regjeringen og departementet har full instruksjonsmyndighet over de øvrige delene av statsforvaltningen. Etter utvalgets vurdering understrekes behovet for politisk styring på utlendingsfeltet blant

¹⁰⁶ Jf. rundskriv AI-68/08.

¹⁰⁷ Jf. rundskriv AI-65/08.

¹⁰⁸ Jf. brev fra AID til UDI av 3. juli 2009.

annet av de store økonomiske og sosiale konsekvensene innvandringspolitikken kan ha, jf. punkt 5.3.2.

Dagens styringsvirkemidler synes ikke i tilstrekkelig grad å ivareta hensynet til politisk styring og teknisk effektivitet. Misforhold mellom instruks til UDI og praksis i UNE har medført at departementet ikke har fått gjennomført ønskede tiltak på feltet.

I forbindelse med forslaget til ny utlendingslov vurderte departementet om det var behov for en utvidet instruksjonsmyndighet. Det ble pekt på at det i første rekke vil være de situasjoner hvor departementet ønsker å stramme inn praksis, at det kan få praktisk betydning at instruksene til UDI ikke er bindende for UNE. Departementet viste i den forbindelse til at det i 2005 var opprettet en ordning med stornemnd, og at det i saker hvor UNE vurderer å fatte vedtak som ikke er i samsvar med de instruks som er gitt fra departementet til UDI, kan være aktuelt med behandling i stornemnd.

Sakene om retur til Hellas tyder imidlertid på at stornemnda ikke har vært et effektivt virkemiddel for å få en avklaring av praksis i UNE. Departementet instruerte UDI 21. juli 2008 om overføring av asylsøkere til Hellas og først ved stornemndas vedtak av 1. februar 2010 ble praksis i UNE avklart, jf. punkt 5.3.3.

Hensynet til økonomisk effektivitet taler også for at det innføres instruksjonsmyndighet over UNE, ettersom instruks kan føre til en raskere etablering av praksis internt i UNE og mellom UDI og UNE. Dette kan bidra til at den totale saksbehandlingstiden blir kortere, jf. punkt 5.3.4.

Hensynet til effektiv politisk styring kan stå i et spenningsforhold til hensynet til rettsikkerhet. Økt politisk styring av UNE er av aktører på feltet anført som en fare for rettsikkerheten. Det kan imidlertid hevdes at en uavhengig fagadministrasjon innebærer potensielt politisk ufølsomhet, noe som kan være et demokratisk problem.

Som vist under punkt 5.3.5 kan det anføres argumenter både for og mot at generelle bestemmelser gir bedre rettsikkerhet når de er vedtatt som forskrift og ikke i instruks. Det er den samme myndigheten, departementet, som gir forskrift og instruks. I likhet med forskrifter må også instruks holde seg innenfor lovens rammer. Alle enkeltvedtak fra UNE vil fortsatt kunne overprøves av domstolene, også der det er gitt generelle instruks om forholdet. Når adgangen til å instruere er regulert som i tilfellet mellom departementet og UDI, blir forskjellen mellom forskrift og instruks redusert, og da særlig vedrørende de sider ved politiske instruks som det kan reises innvendinger mot.

Hensynet til legitimitet var fremtredende ved opprettelsen av UNE og en uavhengig nemnd ble ansett for å ha større tillit hos klagerne og befolkningen for øvrig. Instruks kan gis raskere og være mer detaljregulerende enn forskrifter, og kan dermed svekke oppfatningen av at UNE er uavhengig departementet.

Ses legitimitet i et bredere perspektiv vil på den andre siden instruksjonsmyndighet kunne sikre en demokratisk legitimitet gjennom ansvarliggjøring av statsråden. Den tradisjonelle standarden for legitimitet i representative demokratier som det norske, er flertallsstyret, herunder prinsippet om ministeransvar og den parlamentariske styringskjeden.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Christensen, Lægreid og Ramslien (2006) op. cit., s. 174.

Etter en avveining av hensynet til effektiv politisk styring og legitimitet og rettssikkerhet foreslår utvalget at departementet som hovedregel skal ha myndighet til å gi UNE generelle instruksjoner om behandlingen av saker etter utlendingsloven og statsborgerloven. Dette innebærer at departementet vil ha den samme instruksjonsmyndigheten over UNE som over UDI i forhold til både lovtolkning, skjønnsutøvelse, faktum og saksbehandling. En forutsetning for utvalgets standpunkt er imidlertid at dagens selvpålagte formkrav knyttet til departementets generelle instruksjoner videreføres.

En slik instruksjonsmyndighet over UNE vil gi en vesentlig mer effektiv politisk styring av utlendingsfeltet. Samtidig vil en generell instruksjonsmyndighet i de fleste sakstyper ha ingen eller liten negativ betydning for UNEs legitimitet eller søkeres rettssikkerhet. Dette gjelder særlig i forhold til opphold på humanitært grunnlag og andre saker der loven gir utlendingsmyndighetene fritt forvaltningsskjønn. UNE kan i dag i sin avgjørelse av de aktuelle klagesakene velge en restriktiv eller liberal praksis. Dette er vurderinger som springer ut av politiske overveielser og er valg som først og fremst bør ligge hos politiske myndigheter.

Utvalget mener imidlertid at vurderingen av beskyttelse (asyl) står i en særstilling. I slike saker er det politiske handlingsrommet svært begrenset, samtidig som hensynet til legitimitet har en annen betydning og et annet innhold.

Avgjørelsen av beskyttelse (asyl) etter utlendingsloven § 28 første ledd er lovbunden og styrt av internasjonale konvensjoner. Det vises til at en utlending skal anerkjennes som flyktning dersom han eller hun faller inn under flyktningkonvensjonen artikkel 1 a, jf. § 28 første ledd bokstav a. Det samme gjelder i tilfeller der Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å sende en utlending ut av landet, fordi han eller hun risikerer å bli utsatt for overgrep som nevnt i utlendingsloven § 28 første ledd bokstav b.

Vurderingen av om flyktningstatus skal gis innebærer ingen form for fritt forvaltningsskjønn og det er ikke rom for politiske overveielser som innvandringsregulerende hensyn med videre. Hensynet til demokratisk legitimitet får dermed mindre betydning. Samtidig er dette saker som har stor velferdsmessig betydning for den enkelte og det er derfor viktig å sikre en sterk legitimitet for klageorganet. UNE kan med sin faglige innsikt og juridiske kompetanse særlig sikre legitimitet i disse sakene. Det antas at nemndlederne utad kan framstå som mer uavhengige og derfor ha større legitimitet i forhold til de juridiske vurderingene enn departementet.

Utvalget foreslår på denne bakgrunn at asylsakene skal være unntatt fra departementets instruksjoner til UNE om lovtolkning.

Utvalgets flertall, medlemmene Mæland, Hashi, Skagestad, Røhnebæk, Tungesvik og Christensen, mener at UNE heller ikke bør kunne instrueres i forhold til hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn i saker om beskyttelse (asyl). Asylsakene står i en særstilling også i forhold til faktavurderingen. Det er ofte vanskelig å klarlegge de faktiske forholdene i denne typen saker, blant annet fordi bevisene befinner seg i et annet land langt fra Norge. UNE, med sakkyndig bistand fra Landinfo, kan gjennom sin erfaring med sakene sies å ha en særlig forutsetning for å foreta korrekte vurderinger av de faktiske forholdene. Instruks om faktavurderinger kan også gi inntrykk av at departementet i realiteten styrer utfallet av de

enkelte sakene for søkere fra det aktuelle området. Et UNE uavhengig av departementets generelle instruksjon om faktum gir dermed større legitimitet til behandlingen av asylsakene.

Flertallet viser også til at både Sverige og Danmark har valgt å avskjære departementets instruksjonsmyndighet i asylsaker. Danmark har lagt vekt på hensynet til politisk styring i oppholdssaker, særlig i forhold til søknader om opphold på humanitært grunnlag.

Utvalgets mindretall, medlemmet Ørmen Johnsen, foretar en noe annen avveining mellom UNE sin legitimitet i asylsaker og politisk styring i form av instruksjoner. Instruksjoner kan bidra til å sikre lik praksis innenfor utlendingsforvaltningen, uten å gripe inn i behandlingen av enkeltsaker. Lik praksis mellom UDI og UNE er særlig viktig i asylsaker, der vurderingen av forholdene i søkerens hjemland har stor praktisk betydning. Mindretallet viser til at fastlegging av faktum innebærer en rekke skjønsmessige vurderinger. Det er rom for ulike syn på hvilket faktum som skal legges til grunn. Mindretallet går derfor inn for at departementet skal ha myndighet til å gi generelle instruksjoner også til UNE om faktavurderingene i asylsaker.

Mindretallet legger også til grunn at en generell instruksjonsmyndighet over faktavurderingene ikke vil ha særlig negativ betydning for UNEs legitimitet i asylsakene. Instruksjonsmyndigheten skal uansett være avskåret i enkeltsaker, noe som sikrer UNE tilstrekkelig legitimitet.

Vedrørende behandling av asylsaker i Danmark, viser mindretallet til at ansatte fra ministeriet deltar i Flyktningsnævnet som er klageinstans i asylsaker, jf. punkt 5.3.1. Mulighet for politisk innflytelse er således til stede selv om medlemmet ikke kan instrueres.

5.3.7 Nærmere om avgrensningen i forhold til asylsaker

Asylsakene er først og fremst regulert av utlendingsloven § 28 om beskyttelse (asyl). I lovens § 29 og 30 er det imidlertid gitt nærmere bestemmelser om vilkårene for retten til asyl. Dette innebærer at departementets instruksjonsmyndighet bør være avskåret i forhold til både §§ 28, 29 og 30.

De øvrige bestemmelsene i lovens kapittel 4 om beskyttelse mener utvalget bør være gjenstand for departementets generelle instruksjonsmyndighet over UNE. Dette gjelder blant annet bestemmelsene i § 32 om når en søknad om asyl kan nektes realitetsbehandling, herunder når utlendingen kan kreves mottatt av et annet land som deltar i Dublin-samarbeidet, eller av en annen nordisk stat etter reglene i den nordiske passoverenskomsten.

Ettersom vernet mot retur etter utlendingsloven § 73 første og andre ledd er knyttet til vurderingen etter § 28, mener utvalget at disse bestemmelsene også bør være unntatt fra instruksjonsmyndigheten. Bestemmelsen i utlendingsloven § 73 første ledd innebærer et vern mot utsendelse for alle som anerkjennes som flyktning etter § 28 første ledd bokstav a, med visse unntak, mens annet ledd fastsetter et vern mot utsendelse for alle som risikerer å komme i en situasjon som nevnt i § 28 første ledd bokstav b. Vernet gjelder ved alle former for vedtak etter loven.

Utvalget mener imidlertid at departementet bør kunne gi instruksjoner i forhold til § 73 tredje ledd. Bestemmelsen fastslår at vernet mot retur også gjelder utsendelse til et område hvor

utlendingen ikke vil være trygg mot å bli sendt videre til et område der asylsøkeren er utsatt for forfølgelse med videre etter § 28. Bestemmelsen er særlig aktuell ved retur av asylsøkere i medhold av Dublin II-forordningen, som sakene om retur til Hellas er et eksempel på. I forhold til vurderingen av de faktiske forholdene vil bevissituasjonen her være en helt annen, ettersom det som oftest vil være spørsmål om retur til et annet land i Europa.

Utlendingsloven § 90 fjerde ledd fastsetter at en utlending som gir opplysninger som tyder på at vernet etter § 73 kommer til anvendelse, med visse unntak, har rett til utsatt iverksettelse til klagen er behandlet. Unntaket i § 90 fjerde ledd bokstav c gjelder når vilkårene etter §§ 28 og 73 åpenbart ikke er oppfylt. Dette unntaket innebærer således en vurdering i forhold til vilkårene for beskyttelse og bør derfor være unntatt fra departementets instruksjonsmyndighet.

6. Utvalgets vurdering av om departementet eller regjeringen skal forelegges prinsipielle enkeltsaker

6.1 Innledning

Utvalget er i delutredningen bedt om å forsere arbeidet med instruksjonsmyndighet, herunder vurderingen av *om det er grunnlag for en ordning som tillater at departementet eller regjeringen kan forelegges prinsipielle enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse*, jf. mandatets punkt 14 tredje strekpunkt.

Utvalget legger til grunn at mandatet sikter til uttalelser og avgjørelser som er rettslig bindende. Dersom styringsmuligheten overfor UNE skal utvides i forhold til dagens styringsforhold, må det innebære en økt adgang til å benytte rettslig bindende styringsvirkemidler.

Behandlingen i departementet eller regjeringen kan ha to ulike utfall. For det første kan departementet eller regjeringen ferdigbehandle saken med en vurdering av de prinsipielle spørsmålene i vedtaket. Ved behandlingen vil departementet eller regjeringen tre i stedet for UNE og ha samme myndighet i forhold til overprøvingen av UDIs vedtak. For det andre kan saken returneres UNE uten avgjørelse, men med en uttalelse som UNE vil måtte rette seg etter ved behandlingen av saken.

Utvalget legger videre til grunn at mandatet sikter til enkeltsaker som ikke er ferdigbehandlet i UNE. Det avgrenses dermed mot departementets omgjøringsadgang etter forvaltningsloven § 35, som i tilfelle ville gjelde omgjøring av vedtak allerede fattet av UNE.

En myndighet for departementet eller regjeringen til å avgi uttalelse og/eller avgjøre prinsipielle enkeltsaker vil ha mange likhetstrekk med en myndighet til å gi generelle instruksjoner, ved at en uttalelse eller en avgjørelse på samme måte som en instruks nødvendigvis vil legge føringer ved behandlingen av fremtidige saker. Til forskjell fra en generell instruksjonsmyndighet vil en uttalelse være knyttet opp mot en konkret sak og saken vil derfor være begrensende for hva uttalelsen kan dreie seg om.

Har departementet eller regjeringen myndighet til å velge ut sakene det skal bli forelagt, vil det videre ha mange likhetstrekk med en instruksjonsmyndighet i enkeltsaker. Det vises til at en avgjørelse i departementet eller regjeringen som innebærer en opprettholdelse av avslaget eller en eventuell omgjøring av det tidligere vedtaket til UDI, vil tilsvare en instruks til UNE om utfallet av saken.

I likhet med utvalgets vurderinger under kapittel 5 legges også her til grunn dagens klagesaksmodell med UNE som klageinstans for UDIs vedtak, samt dagens organisering av klagesaksbehandlingen i UNE, jf. punkt 5.1. Det vises videre til kapittel 1 om forholdet mellom delutredningen og hovedmandatet.

6.2 Bakgrunn

Da styringsforholdene ble endret i 2005 vurderte regjeringen som ett av flere alternativ en adgang for departementet eller regjeringen til å avgi prinsipputtalelse i enkeltsaker, se punkt 4.1.5. Denne formen for styring ble vurdert innført både i forhold til UDI og i forhold til UNE. Ordningen kunne være slik at UDI eller UNE la frem visse saker for departementet eller Kongen i statsråd for en bindende prinsipputtalelse. Det kunne utformes mer eller mindre forpliktende retningslinjer for når dette skulle gjøres, eller departementet kunne selv peke ut saker som det ønsket å få fremlagt.¹¹⁰

Vurderingene var basert på en ordning man den gang hadde i Sverige. Den svenske Utlänningsnämnden var da klageinstans i utlendingssaker som var behandlet i Migrationsverket i første instans. Statsråden og departementet kunne som i Norge påvirke praksis gjennom endringer i lov og forskrift. I tillegg kunne den svenske regjeringen i særskilte tilfeller få innvirkning på praksis ved at verket eller nemnda av eget tiltak la frem enkeltsaker for prinsippvurdering. Både Migrationsverket og Utlänningsnämnden var forpliktet til å rette seg etter en prinsippvurdering fra regjeringen.

Foreleggelse av saker for prinsippvurdering kunne etter den svenske ordningen skje i saker som:

- var viktige for den nasjonale eller allmenne sikkerheten
- vedrørte utenrikspolitiske hensyn
- kunne få virkning for spørsmålet om oppholdstillatelse for en større gruppe personer
- ellers var regnet som så viktige at de burde legges frem for regjeringen

I styringen av UDI fant departementet at sett i forhold til de øvrige foreslåtte endringene i styringsforholdene, ville en mulighet til å avgi prinsipputtalelser ikke i særlig grad føre til bedre kontroll med eller mer fleksibel styring av praksisen. Departementet viste blant annet til erfaringene med tilsvarende ordning i Sverige:

Å gi prinsippfråsegn er ein tidkrevjande og omstendeleg prosess som sjeldan blir nytta. Vidare er det i strid med den forvaltningspolitiske utviklinga å leggje einskildsaker fram for departementet for uttale. Det gjer seg endå sterkare gjeldande når det gjeld Kongen i statsråd. Departementet har derfor kome til at ei slik ordning ikkje er aktuell som styringsreiskap.¹¹¹

En mulighet til å gi prinsipputtalelser i saker som verserer i UNE, ble heller ikke funnet ønskelig, da det ville komme i strid med den selvstendige stillingen og legitimiteten til UNE.

6.3 Ulike modeller

En myndighet for departementet eller regjeringen til å avgi uttalelse og/eller avgjøre prinsipielle enkeltsaker kan utformes på ulike måter. Myndigheten kan legges til departementet eller regjeringen. I departementet vil myndigheten ligge til statsråden og i regjeringen vil det være Kongen i statsråd som avgjør eller uttaler seg i saken, etter

¹¹⁰ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 15.

¹¹¹ Jf. St. meld. nr. 21 (2003-2004) s. 15.

forberedelse i departementet. Foreleggelse for Kongen i statsråd vil sikre at hele regjeringen involveres og vil bidra til at foreleggelse skjer i et begrenset omfang.

Graden av styring vil være størst om departementet selv kan peke ut hvilke saker som skal være gjenstand for foreleggelse. Det motsatte ytterpunkt vil være at det er opp til UNE å vurdere når det er ønskelig å få avklart et prinsipielt spørsmål. Sistnevnte modell vil innebære et svært begrenset styringsvirkemiddel. Dersom en praksis ble kjent som departementet fant det ønskelig å gripe inn i, ville departementet være prisgitt at UNE samtidig så behov for en avklaring fra departementet. UNE vil i dag også kunne bruke stornemnda ved behov for avklaringer. Sett hen til den begrensede styringsmuligheten mener utvalget at en slik modell ikke er aktuell.

En utvidet variant av denne modellen vil være at også andre enn UNE kan anmode om eller kreve at saker som er til behandling i UNE forelegges departementet. Det kunne for eksempel være UDI og eventuelt de humanitære organisasjonene. UDI kan i dag be om stornemndbehandling. De humanitære organisasjonene foreslår nemndmedlemmer, men har ikke mulighet til å be om stornemndbehandling. Som ovenfor vil departementet være prisgitt andres vurderinger av om en foreleggelse skal skje. Effekten av et slikt styringsmiddel vil derfor også være klart begrenset.

Det andre ytterpunktet, en ordning hvor departementet kan peke ut saker for foreleggelse, har mange likhetstrekk med en myndighet til å instruere i enkeltsaker og vil dermed være inngripende for UNEs uavhengighet. Skal departementet kunne peke ut saker må departementet ha kjennskap til hvilke saker som er til behandling i UNE og hva som er UNEs praksis. Departementet kan gjøre seg kjent med praksis gjennom informasjon som er offentlig tilgjengelig, for eksempel gjennom UNEs praksisbase. I noen tilfeller vil praksis også bli kjent gjennom saker i media. Denne type informasjon vil imidlertid ikke være tilstrekkelig for å gi det fulle bildet av praksis og vil heller ikke si noe om etablering av ny praksis, for eksempel når en ny saksporfølje kommer til UNE. En plikt for UNE til å informere om praksis og å forelegge aktuelle saker, ville kunne avhjelpe dette.

En mindre inngripende modell vil være at UNE pålegges i visse tilfeller eller innenfor et bestemt saksområde, å forelegge saker for departementet eller regjeringen. I motsetning til ovenfor vil departementet ikke fritt kunne peke ut saker og UNE vil heller ikke fritt kunne vurdere når det ønskes å foreta en foreleggelse. I stedet vil UNE i visse tilfeller være pålagt å forelegge en sak etter retningslinjer fra departementet eller regjeringen. Det er begrenset hvor detaljerte slike retningslinjer kan være og et visst skjønnsrom vil UNE dermed ha. Departementet vil på sin side ha mulighet til å endre retningslinjene dersom de ikke "treffer" slik departementet ønsker. Jo mer omfattende foreleggelsesplikten for UNE gjøres, jo mer inngripende vil det være for UNEs uavhengighet.

Foreleggelse av saker vil kunne skje på samme måte som UDI og UNE i dag forelegger departementet saker hvor hensynet til grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn antas å gjøre seg gjeldende. Departementet vurderer om slike hensyn gjør seg gjeldende og om departementet skal instruere i saken eller ikke. Det er ressurskrevende for direktoratet og UNE å plukke ut og forelegge saker for departementet og medfører vanligvis også lenger saksbehandlingstid for de aktuelle sakene.

6.4 Utvalgets vurderinger og konklusjon

En ordning med foreleggelse av prinsipielle enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse har som nevnt under punkt 6.1 flere likhetstrekk med en myndighet til å gi generelle instruksjoner. Utvalget har vurdert foreleggelse av prinsipielle enkeltsaker som et eventuelt tillegg til en myndighet til å gi generelle instruksjoner. Spørsmålet blir etter dette om det er behov for at departementet utover å kunne gi generelle instruksjoner til UNE, jf. utvalgets vurderinger og konklusjon i kapittel 5, skal kunne gi uttalelse i og/eller avgjøre prinsipielle saker som er til behandling i UNE.

En uttalelse eller avgjørelse i en enkeltsak vil i likhet med generelle instruksjoner bedre ivareta hensynet til effektiv politisk styring, sammenlignet med forskrifter. Det vil være raskere for departementet å uttale seg i en sak enn å endre forskriften. En uttalelse eller avgjørelse vil også kunne være mer detaljert enn en forskrift og det vil være lettere å få frem alle relevante hensyn.

Departementets uttalelse eller avgjørelse vil være et tydelig signal om hva praksis skal være, noe som kan bidra til en ensartet praksis og dermed likebehandling.

I forhold til hensynet til legitimitet vil statsråden bli ansvarlig for praksis i saker hvor det er gitt uttalelse eller fattet avgjørelse. Dette kan gi økt demokratisk legitimitet. På den annen side kan en ordning med foreleggelse svekke oppfatningen av UNE som et uavhengig organ og dermed svekke UNEs faglige legitimitet.

Foreleggelse av prinsipielle enkeltsaker har imidlertid klare begrensninger som styringsvirkemiddel. Departementets uttalelse eller avgjørelse må være knyttet til en enkeltsak som er til behandling i UNE. Saksforholdet vil dermed sette grenser for hva uttalelsen eller avgjørelsen kan gå ut på.

Videre vil det være negativt for effektiviteten at departementet må ha fagkompetanse til å behandle eller uttale seg i enkeltsaker, noe som medfører en fordyrende dublering av samme type fagkompetanse i UNE og departementet. Foreleggelse av saker antas også å være en omstendelig og tidkrevende prosess, både for UNE og for departementet. En ordning med foreleggelse kan derfor også forlenge saksbehandlingstiden for den enkelte søker.

Ved siden av en myndighet til å gi generelle instruksjoner synes ulempene knyttet til en ordning med foreleggelse av enkeltsaker større enn fordelene. Utvalget har særlig lagt vekt på at en slik ordning vil legge press på statsråden for at han eller hun skal gripe inn i enkeltsaker. Ved opprettelsen av UNE var det et sentralt poeng å løfte sakene ut av departementet og frigjøre tid til generelle oppgaver. Foreleggelse av enkeltsaker vil i så måte innebære et tilbakeskritt og kan i sin ytterste konsekvens medføre at større deler av enkeltsaksbehandlingen blir tilbakeført til departementet.

Utvalget har på denne bakgrunn kommet til at det ikke bør innføres en ordning som åpner for at departementet eller regjeringen kan forelegges prinsipielle enkeltsaker for uttalelse og/eller avgjørelse.

7. Økonomiske og administrative konsekvenser

Utvalgets forslag om å gi departementet adgang til å gi generelle instruksjoner til UNE har ikke økonomiske eller administrative konsekvenser i seg selv. Dersom det innføres en lovhjemmel i tråd med utvalgets forslag, vil det være opp til departementet å vurdere om adgangen til å gi generelle instruksjoner ønskes benyttet og i tilfelle hvilke rapporteringsplikter dette skal innebære for UNE.

Ønsker departementet for eksempel at UNE skal orientere om praksis og mulige praksisendringer, slik UDI gjør i dag, vil det ha økonomiske og administrative konsekvenser for UNE og for departementet. Departementet har opparbeidet kompetanse og kapasitet til å bestille og analysere informasjon fra UDI, sammenligne med andre lands praksis og utarbeide instruksjoner. Praksisforeleggelse fra UNE vil innebære at denne kapasiteten i departementet må utvides. UNE vil måtte bruke ressurser på å gi departementet systematisk og god informasjon.

En benyttelse av instruksjonsadgangen overfor UNE vil også kunne medføre en raskere avklaring av praksis mellom UDI og UNE, og internt i UNE, noe som kan gi kortere saksbehandlingstid og dermed besparelser for forvaltningen.

Utvalget har utover dette ikke utredet nevnte konsekvenser nærmere, ettersom det vil være opp til departementet å vurdere om instruksjonsmyndigheten skal benyttes og hvilke rapporteringsplikter dette skal innebære.

8. Lovforslag og merknader til de enkelte paragrafene

8.1 Lovforslag

I lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) gjøres følgende endring:

Flertallets forslag:

§ 76 annet ledd skal lyde:

Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan heller ikke instruere Utlendingsnemnda om lovtolkningen eller *hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn i saker etter §§ 28-30, § 73 første og annet ledd og § 90 fjerde ledd bokstav c.*

Mindretallets forslag:

§ 76 annet ledd skal lyde:

Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan heller ikke instruere Utlendingsnemnda om lovtolkningen *i saker etter §§ 28-30, § 73 første og annet ledd og § 90 fjerde ledd bokstav c.*

Utvalgets forslag:

§ 77 første ledd skal lyde:

Utlendingsnemnda avgjør som et uavhengig organ de sakene som er lagt til den i § 76 første og fjerde ledd. *Begrensninger i departementets alminnelige instruksjonsadgang følger av § 76 annet ledd.*

I lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven) gjøres følgende endring:

§ 27 tredje ledd skal lyde:

Vedtak som nevnt i første og annet ledd kan påklages til Utlendingsnemnda. Kongen i statsråd er klageinstans i saker hvor departementet har anvendt sin instruksjonsmyndighet *for å ivareta hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn.* Utlendingsloven §§ 77 og 78 gjelder tilsvarende ved behandling av saker etter loven her.

§ 28 skal lyde:

Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker, med unntak for å ivareta hensynet til rikets sikkerhet eller utenrikspolitiske hensyn.

8.2 Merknader til de enkelte paragrafene

Til endringene i utlendingsloven § 76:

Utvalget foreslår en utvidelse av departementets instruksjonsmyndighet over UNE. Departementet skal ikke lenger være avskåret fra å gi generelle instruksjoner til UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse. Departementet skal ha kompetanse til å gi UNE generelle instruksjoner i alle andre saker enn asylsaker, herunder om lovtolkningen, skjønnsutøvelsen, saksbehandlingen og hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn. Gjeldende begrensninger i forhold til enkeltsaker videreføres.

I asylsaker foreslår *utvalgets flertall* at departementets myndighet til å gi generelle instruksjoner ikke skal gjelde lovtolkningen og faktavurderingen, men at myndigheten til å gi generelle instruksjoner i asylsaker for øvrig skal gjelde fullt ut. *Utvalgets mindretall* foreslår at departementet i tillegg skal ha myndighet til å gi generelle instruksjoner om faktavurderingene i asylsaker.

Med de unntak som framgår av lovutkastet, vil departementet ha alminnelig instruksjonsadgang over UNE på samme måte som over andre underliggende forvaltningsorganer.

Forslaget innebærer således ingen begrensninger i departementets adgang til å gi generelle instruksjoner om saksbehandlingen i UNE og andre deler av utlendingsforvaltningen. Utvalget foreslår derfor å oppheve lovbestemmelsen i dagens § 76 annet ledd tredje punktum om departementets adgang til å instruere om prioritering av saker. En slik instruksjonsadgang vil følge av departementets alminnelige instruksjonsadgang og er derfor ikke nødvendig å lovfeste.

Med unntak for asylsakene, vil departementet ha samme instruksjonsadgang over UNE som over UDI og øvrige deler av utlendingsforvaltningen.

Departementet fastsetter nærmere rutiner knyttet til praktisering av instruksjonsmyndigheten. I den forbindelse kan departementet i kraft av sin alminnelige instruksjonsmyndighet gi nødvendige pålegg til UNE, for eksempel om rapportering om praksis med videre.

Til endringene i utlendingsloven § 77:

Utvalget foreslår et tillegg til § 77 første ledd om forholdet til reglene om instruksjonsmyndighet i § 76 annet ledd. Forslaget klargjør at formuleringene om UNEs uavhengighet ikke skal ha noen annen betydning i forhold til departementets instruksjonsmyndighet enn det som allerede følger av § 76 andre ledd. Bestemmelsen i § 77

første ledd innebærer således ingen andre unntak fra departementets alminnelige instruksjonsmyndighet over UNE enn det som framgår av § 76 andre ledd.

Til endringene i statsborgerloven § 27:

Utvalget foreslår at statsborgerloven § 28 andre ledd slås sammen med § 28 første ledd. Det er derfor nødvendig å endre henvisningen til § 28 andre ledd i § 27 tredje ledd.

Til endringene i statsborgerloven § 28:

Utvalget foreslår en utvidelse av departementets instruksjonsmyndighet over UNE. Departementet skal ikke lenger være avskåret fra å gi generelle instruksjoner til UNE om lovtolkning og skjønnsutøvelse. Departementet skal ha kompetanse til å gi UNE generelle instruksjoner i alle saker etter statsborgerloven, herunder om lovtolkningen, skjønnsutøvelsen, saksbehandlingen og hvilke faktiske forhold som skal legges til grunn. Gjeldende begrensninger i forhold til enkeltsaker videreføres.

Videre foreslår utvalget en endring i lovens ordlyd som klargjør at unntakene tar utgangspunkt i en hovedregel om alminnelig instruksjonsmyndighet, jf. tilsvarende formulering i utlendingsloven § 76 annet ledd. Hovedregelen er at departementet har alminnelige instruksjonsmyndighet over UNE, UDI og andre deler av utlendingsforvaltningen.

Forslaget innebærer således ingen begrensninger i departementets adgang til å gi generelle instruksjoner om saksbehandlingen i UNE og andre deler av utlendingsforvaltningen. Utvalget foreslår derfor å oppheve lovbestemmelsen i dagens § 28 første ledd tredje punktum om departementets adgang til å instruere om prioritering av saker. En slik instruksjonsadgang vil følge av departementets alminnelige instruksjonsadgang og er derfor ikke nødvendig å lovfeste.

Departementet fastsetter nærmere rutiner knyttet til praktisering av instruksjonsmyndigheten. I den forbindelse kan departementet i kraft av sin alminnelige instruksjonsmyndighet gi nødvendige pålegg til UNE, for eksempel om rapportering om praksis med videre.