

INNLEGG

Rettssikkerhet på utlendingsfeltet

Av FREDRIK L. ELLINGSEN og ØYSTEIN BLOCK

E-post: fredrik_ellingsen@hotmail.com

E-post: oystein.block@gmail.com¹

Ved opprettelsen av et nytt utvalg legger regjeringen opp til økt politisk styring av utlendingsforvaltningen. Dette kan svekke rettssikkerheten. Man bør heller se til Sverige for hvordan klagesaksbehandlingen kan organiseres på dette området.

Regjeringen satte tidligere i år ned et utvalg som skal utrede klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet.² Dette skjer bare åtte år etter at den nåværende klageinstansen, Utlendingsnemnda (UNE), ble opprettet. Med bakgrunn i utvalgets mandat er det nærliggende å anta at regjeringen med dette utvalget ønsker å legge til rette for en større grad av politisk styring av klagesaksbehandlingen i utlendingsforvaltningen. Dette må sees i sammenheng med at utlendingsfeltet og utlendingsforvaltningen stadig blir et mer politisk betent område, og at det er en sterk opinion for en større grad av politisk styring av klagesaksbehandlingen i utlendingssaker.

Nedenfor vil vi argumentere for at økt politisk styring av utlendingsforvaltningen er betenkelig ut ifra et rettssikkerhetsperspektiv. Tidligere, da klagesaksbehandlingen lå direkte under Justisdepartementet, ønsket man å opprette UNE nettopp for å unngå den politiske styringen i enkeltsaker. Hvis man ser nærmere på departementets og Stortingets begrunnelse for opprettelsen av UNE, får man gode argumenter for at økt politisk styring ikke er ønskelig på dette området. På den andre siden blir relativt få utlendingssaker prøvd for

¹ Fredrik L. Ellingsen og Øystein Block er begge stud.jur. og medarbeidere i Innvandringsgruppa på Juss-Buss.

² Mandat – utvalg for vurderingen av organiseringen av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet. Se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/dep/styrer-rad-og-utvalg/midlertidige-styrer-rad-og-utvalg/utvalg-som-skal-vurdere-organiseringen-a/mandat--utvalg-for-vurdering-av-organise.html?id=583892>

domstolene, som i tillegg ofte er tilbakeholdne med prøvingen av vedtakene. Samtidig hefter det betenkeligheter med deler av klagesaksbehandlingen til UNE. Dette taler på sin side for en reform av UNE, likevel ikke slik at man bør åpne for økt politisk styring. I så måte er den svenske modellen for klagesaksbehandling et eksempel som Norge bør følge.

FRA JUSTISDEPARTEMENTET TIL UTLENDINGSNEMNDA

Tidligere kunne politiske myndigheter i større grad enn i dag øve innflytelse over klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet, og frem til 2001 var Justisdepartementet klageinstans for utlendingsrettslige vedtak fattet av Utlendingsdirektoratet (UDI). Det var departementet, med statsråden som øverste leder, som bestemte hvilken praksis man skulle følge innenfor spillerommet av lov og forskrift. I 1994 satte regjeringen ned et interdepartementalt utvalg som skulle utrede behovet for, og hensiktsmessigheten av, en ny klageinstans. Både utvalget og senere høringer konkluderte med at en uavhengig nemnd ville være det beste for fremtiden.³ I Ot.prp. nr. 38 (1995–1996)⁴ ble økt rettsikkerhet gjennom større tillit hos klagerne og opinionen fremhevet som et hovedformål med å opprette en ny uavhengig klagenemnd for utlendingssaker. Det ble påpekt at en nemnd ville kunne nyte større autoritet enn departementet, og at departementet nå kunne få bedre tid til å gjøre det de gjør best, nemlig å drive med generelle politiske oppgaver og utforming av regelverk heller enn behandling av enkeltsaker. Videre ble nemndsmodellen vurdert som bedre egnet til å fremme likebehandling, og klageren skulle sikres kontradiksjon ved personlig fremmøte for nemnden. Ikke minst skulle vedtakenes legitimitet økes ved folkelig representasjon i klageinstansen gjennom nemndsmedlemmer oppnevnt av humanitære og andre organisasjoner med erfaring med utlendingsforvaltningen.

UNE ble opprettet 1. januar 2001, og nemnda overtok umiddelbart klagesaksbehandlingen fra departementet. Samtidig ble en ny § 38 om adgangen til instruksjonsmyndighet inntatt i utlendingsloven.⁵ Bestemmelsen begrenset den politiske innflytelsen over UNE ved at departementet verken kunne instruere om «lovtolkning, skjønnsutøvelse eller avgjørelsen av enkeltsaker». I lovens forarbeider «Ot.prp. nr. 17 (1998–1999)⁶ og Innst. O nr. 42 (1998–1999)⁷» ble det uttalt at det ville være uforenlig med opprettelsen av en frittstående klagenemnd å beholde den samme muligheten til politisk styring med enkeltsakene

³ Ot.prp. nr. 38 (1995–1996) Om lov om endringer i lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) – klagenemnd i utlendingssaker m.v.

⁴ Op.cit.

⁵ Lov 24. juni 1988 nr. 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her.

⁶ Ot.prp. nr. 17 (1998–1999) Om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.).

⁷ Innst.O.nr. 42 (1998–1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i utlendingsloven og i enkelte andre lover (klagenemnd for utlendingssaker m.v.).

på utlendingsfeltet som departementet tidligere hadde. Synspunktet var at dersom man først opprettet en uavhengig nemnd, ville det følge implisitt at så vel lovtolkning som skjønnsutøvelse og avgjørelse av enkeltsaker burde overlates til den nye klageinstansen. Slik tok man altså skrittet vekk fra en politisk styring som man anså som både prinsipielt betenkelig og politisk uhensiktsmessig.

REGJERINGENS UTVALG

Hva er så bakgrunnen for at regjeringen nå synes å legge opp til en reform av klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet så kort tid etter den forrige? Som sagt synes ønsket om økt politisk styring å være en viktig motivasjon, da utvalgets mandat i stor grad synes å legge opp til dette.⁸ Departementet skriver der at utvalget «skal utrede hvordan denne [klagesaksbehandlingen] skal organiseres for å sikre hensynet til politisk styring, rettssikkerhet, rask og effektiv saksbehandling og legitimitet». Departementet presiserer videre at disse hensynene i utgangspunktet skal ha like stor betydning. Leser man videre i mandatet, tyder imidlertid mye på at regjeringen ser for seg at den fremtidige organiseringen av utlendingsforvaltningen innebærer en større grad av politisk instruksjonsmyndighet overfor klageorganet. Dette kommer blant annet til uttrykk da departementet uttaler at «utvalget skal vurdere muligheten for endringer som gir styrket politisk styring og derved bidrar til mer demokratisk legitimitet».⁹ Ønsket om økt politisk styring blir enda tydeligere når det videre følger av mandatet at utvalget «særlig» skal vurdere om «departementet skal kunne gi generelle instruksjoner til klageinstansen om behandlingen av enkeltsaker».¹⁰ Dette spørsmålet skal også underkastes en hurtigbehandling av utvalget da det i regjeringens nåværende politiske plattform heter at «Regjeringen vil be utvalget om å forsere arbeidet med en del-utredning vedrørende utøvelse av instruksjonsmyndighet».¹¹

Det er påfallende at nettopp de hensynene som departementet i mandatet trekker frem som styrende for utformingen av en ny klagesaksbehandling, i det store og hele korresponderer med de hensynene som i sin tid lå bak opprettelsen av UNE. Departementet og regjeringen legger imidlertid opp til motsatt konklusjon med hensyn til spørsmålet om politisk styring. Man skal selvfølgelig være forsiktig med å spekulere i årsakene til denne «kuvendingen». De

⁸ Utvalgets mandat har blitt kritisert av leder og nestleder i Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett, advokatene Arild Humlen og Jonas W. Myhre, i en kronikk i Aftenposten 22. juli 2009.

⁹ Se mandatets punkt 8.

¹⁰ Se mandatets punkt 14.

¹¹ Se dokumentet «Politisk plattform for flertallsregjeringen utgått av Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet 2009-2013» på side 70. Dokumentet er tilgjengelig på www.regjeringen.no/nb/dep/smk/dok/rapporter_planer/rapporter/2009/politisk-plattform-for-flertallsregjering.html

prinsipielle rettslige problemstillingene synes imidlertid i det vesentlige å være de samme nå som da UNE ble opprettet. Det er vel derfor kanskje nærliggende å slutte at det er de praktisk-politiske realitetene som har forandret seg, og som foranlediger at man har snudd i dette spørsmålet. Den av media mye omtalte asyltilstrømmingen kan tjene som eksempel på dette. Man har også sett at UDI, i samsvar med departementets ønsker, har innført en gitt praksis på et område, men hvor UNE ikke har godtatt denne praksisen, og på denne måten «blokkert» for regjeringens politikk. Dette var blant annet tilfellet da UNE ikke ville returnere asylsøkere til Hellas etter Dublin II-forordningen. Hvis denne praksisen så blir oppfattet som politisk sensitiv og opinionen krever rask handling, vil det nok av regjeringen fort bli oppfattet som utilstrekkelig å måtte ta veien via lov- eller forskriftsendring for å få til en politisk holdbar løsning.

BETENKELIGHETER VED POLITISK STYRING

Det er vanskelig å akseptere at økt politisk styring av utlendingsforvaltningen vil være en positiv forbedring av utlendingsforvaltningen. Etter vår mening står fortsatt de vurderingene som departementet gjorde seg for 10 år siden ved opprettelsen av UNE, seg, og det er ingen grunn til å fravike konklusjonene man gjorde da. Videre utfordrer muligheten til politisk styring i enkeltsaker det grunnleggende kravet til likebehandling i forvaltningen. Forutberegneligheten for den enkelte vil da også svekkes. Hvis politikerne skal kunne bli påvirket av den politiske opinionen til å gripe inn i enkeltsaker, kan dette føre til at det fattes rettslig uriktige vedtak. Dette blir spesielt satt på spissen når man er innenfor de delene av norsk utlendingsrett som tjener til å oppfylle våre folkerettslige forpliktelser, for eksempel etter Flyktningekonvensjonen¹² eller Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹³ (EMK). De krav som stilles til utlendingsretten etter disse konvensjonene, er ofte helt upåvirket av hva man i nasjonal politikk måtte mene om de samme spørsmålene. Forbudet mot tortur og umenneskelig straff og behandling etter EMK artikkel 3 er et eksempel på en bestemmelse som ikke kan fravikes av de kontraherende statene, og hvor nasjonalt skjønn vil spille en svært begrenset rolle. Man setter seg selv i en potensielt vanskelig situasjon hvis man da åpner for politisk styring i denne type saker. Saksbehandleren som skal fatte vedtak i klagesaken, kan fort ende opp med å befinne seg mellom «barken og veden» hvis vedkommende på den ene siden finner at et gitt utfall av saken vil være i strid med Norges folkerettslige forpliktelser, samtidig som han eller hun får mer eller mindre formelle politiske signaler om at nettopp dette resultatet er ønskelig fra regjeringshold.

¹² De forente nasjoners konvensjon om flyktnings stilling av 28. juli 1951.

¹³ Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter av 4. november 1950.

Også i en sak der en eventuell konvensjonsstrid ikke er åpenbar, vil politisk styring være meget problematisk. Utlendingssakene er ofte viktige og svært inngripende overfor dem de gjelder. Dette er åpenbart tilfellet i asyl- og utvisningssaker, men også saker som for eksempel gjelder familiegjenforening og statsborgerskap, er av potensielt stor velferdsmessig betydning for den enkelte. Dette støtter opp under behovet for at det legges til rette for en uavhengig, rettssikker og forutberegnelig klagesaksbehandling på dette området. Økt politisk styring bidrar ikke til å fremme disse målsettingene.

REFORMEN HAR UTEBLITT

Selv om det er viktig å hindre økt politisk styring av utlendingsforvaltningen, kan man ikke stikke under stol at UNE neppe har innfridd de forventningene mange hadde ved opprettelsen i 2001. Juss-Buss og andre organisasjoner som til daglig har befattning med UNE, har ved en rekke anledninger pekt på svakheter ved nemnda. Ingenting tyder imidlertid på at UNEs ufullkommenhet er knyttet til manglende politisk styring. Når regjeringen legger opp til å kunne øve direkte innflytelse over klagesaksbehandlingen på utlendingsfeltet, bidrar dette til å skygge for de virkelige utfordringene norsk utlendingsforvaltning står overfor.

Det mest alvorlige problemet med UNE er at de fleste saker avgjøres av nemndleder alene, eller av nemndas eget sekretariat etter delegering fra nemndleder. Dette innebærer at klageren verken får forklare seg gjennom personlig oppmøte eller får prøvd saken sin for en nemnd med to lekmedlemmer. Denne uheldige praksisen er i strid med det som ble forutsatt i de politiske motivene bak etableringen av UNE. I 2008 behandlet UNE 10 283 saker fordelt på 7489 klagesaker og 2794 omgjøringsanmodninger.¹⁴ Av disse ble 860 saker avgjort i nemndmøte med to lekmedlemmer, men i bare 606 av disse nemndmøtene fikk klageren møte personlig for nemnden.

Når mindre enn 1 av 10 klagere får en behandling som på vesentlig vis skiller seg fra den hovedsakelig skriftlige behandlingsformen man hadde under Justisdepartementet, er det et godt stykke igjen før rettssikkerhetsreformen er gjennomført. I så måte er nemndsnavnet tilslørende når man ser hen til hvilken behandling de fleste sakene får. Det kan også nevnes at Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe i utlendingsrett den siste tiden har ført flere saker mot staten på vegne av utlendinger med endelige negative vedtak, og vunnet frem i et flertall av disse.¹⁵ Et flertall av de sakene som er vunnet, har igjen vært avgjort av nemndleder alene uten lekrepresentasjon – fordi sakene ifølge UNE ikke bød på vesentlige tvilsspørsmål.¹⁶

¹⁴ Utlendingsnemnda – Årbok 2008.

¹⁵ For en oversikt over sakene tatt av denne gruppen, se <http://www.advokatforeningen.no/Aktuelt/Nyheter/Aksjons-og-prosedyregruppens-saker---oversikt/>

¹⁶ I henhold til utlendingsloven § 38b kan saker som ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål», avgjøres av nemndleder alene. I slike saker kan nemnda også delegerer vedtaksmyndighet til sekretariatet.

Avgjørelsene fra Advokatforeningens aksjons- og prosedyregruppe indikerer at utlendingsretten har et behov for større rettslig kontroll med vedtakene som fattes. Dette skyldes først og fremst at den alminnelige utlending ikke innehar de økonomiske ressurser som kreves for å prøve UNEs vedtak for domstolene – hvor man i tillegg til egne advokatutgifter risikerer å måtte betale for statens. Et annet problem er at Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) har tilnærmet monopol på distribusjon av faktakunnskap til UNE, mens utlendingen ofte ikke har annet enn sitt gode ord til forsvar. De fleste saker for retten vinnes på bakgrunn av bevis og fakta – og ikke jussen.

BEGRENSET DOMSTOLSPRØVING

Samtidig med at få saker faktisk kommer opp for domstolene, er domstolskontrollen ofte mer beskjeden på dette området enn i forvaltningsretten for øvrig. To saker illustrerer dette poenget. I Rt. 2008 s. 681 ble det prøvet hvorvidt vedtak fattet av forvaltningen etter bestemmelsen i utlendingsloven § 8 annet ledd¹⁷ kunne prøves av domstolene. Høyesterett slo her fast at bestemmelsen var unntatt alminnelig domstolsprøving, med de unntakene som blant annet følger av læren om myndighetsmisbruk. Denne avgjørelsen har senere blitt kritisert i juridisk teori,¹⁸ uten at vi her skal gå nærmere inn på denne kritikken. Vi nøyer oss med å kommentere at det ville ha vært av stor rettslig og velferdsmessig betydning for utlendingene at denne sentrale bestemmelsen i utlendingsloven hadde kunnet blitt prøvd av domstolene. Rt. 2009 s. 1261 «Ashokdommen» er et annet eksempel. Saken gjaldt gyldigheten av vedtak fra UNE om ikke å omgjøre avslag om opphold på humanitært grunnlag for en enslig mindreårig gutt. Høyesterett tok her blant annet stilling til om hensynet til barnets beste etter Barnekonvensjonens¹⁹ artikkel 3 tilsa en utvidet domstolsprøving i forhold til skjønnet etter utlendingsloven § 8 annet ledd, jf. ovennevnte dom inntatt i Rt. 2008 s. 681. Førstvoterende uttalte om dette at domstolene kan «kontrollere forvaltningens generelle forståelse av begrepet 'barnets beste' på det aktuelle saksområdet, og at hensynet er forsvarlig vurdert og avveid mot eventuelle motstående hensyn. Den konkrete vurderingen av barnets beste, og den konkrete interesseavveiningen, hører derimot under forvaltningens frie skjønn» (avsnitt 77). Høyesterett avsto slik også her å utøve den vanlige domstolsprøvingen av forvaltningens subsumsjon. I den forbindelse kan det bemerkes at Høyesterett og domstolene for øvrig ikke viker tilbake for å prøve hva som er til barnets beste i barnefordelings- og barnevernssaker. Det

¹⁷ Utlendingsloven § 8 annet ledd første punktum lyder: «Når sterke menneskelige hensyn taler for det, eller når utlendingen har særlig tilknytning til riket, kan arbeidstillatelse eller oppholdstillatelse gis selv om vilkårene ikke er oppfylt.»

¹⁸ Se artikkel av Erik Boe i *Kritisk Juss* 2009 nr. 1 s. 9, samt masteroppgave levert av Erik Osvik ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo 2009.

¹⁹ De forente nasjoners internasjonale konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989.

er nok heller ikke slik at utlendingsforvaltningen besitter noen større barnespesifikk kompetanse som tilsier at den er bedre rustet til å foreta denne vurderingen enn domstolene.

Vi pretenderer ikke med de to ovennevnte dommene å gi et fullstendig bilde av domstolskontrollen med vedtak fattet av utlendingsforvaltningen. Imidlertid kan de tjene som illustrasjon på en tendens vi mener å oppfatte i Høyesterett, om at det generelt er en mindre grad av prøving på utlendingsfeltet enn hva man ellers er vitne til på andre områder.

RETTSSIKKER KLAGESAKSBEHANDLING UTEN POLITISK INNFLYTELSE

I og med at tilgangen til de alminnelige domstolene og den prøving som skjer der, er såpass begrenset, er det desto viktigere å påse at behandlingen av utlendingssaker på forvaltningsnivå er betryggende. For i større grad å oppnå dette er det etter vår mening mye å hente fra Sverige og hvordan man der organiserer utlendingsforvaltningen. Da UNE i sin tid ble utformet, hentet Norge inspirasjon fra den svenske Utlänningsnämnden. Sverige avskaffet imidlertid nemndsmodellen fem år senere til fordel for særskilte migrasjonsdomstoler – fordi rettssikkerheten i Utlänningsnämnden ble ansett for å være lite tilfredsstillende. I den svenske utlendingsloven²⁰ fremkommer reglene for klagesaksbehandling av beslutninger fattet av Migrationsverket (sml. UDI). Bestemmelsen gir utlendinger krav på rettslig behandling for Migrationsdomstolen hvor saken omhandler bortvisning, utvisning, avslag og tilbakekall av oppholdstillatelser, asyl, statsborgerskap m.m. Med andre ord er det få saksområder som ikke gir et krav på domstolsbehandling.

Sveriges tre migrasjonsdomstoler er underlagt de alminnelige forvaltningsdomstoler i Göteborg, Skåne og Stockholm, og deres avgjørelser kan ankes til Migrationsöverdomstolen som har en prejudikatskapende funksjon for underrettene. Domstolsbehandlingen sikrer en to-partsprosess hvor Migrationsverket og utlendingen møtes som likeverdige parter for retten, og hvor sistnevnte som hovedregel får dekket utgifter til en oppnevnt advokat. Migrasjonsdomstolene er adskilt fra de øvrige utlendingsmyndighetene og kan som det øvrige rettsapparatet ikke instrueres i verken lovforståelse eller enkeltsaker. I et rettssikkerhetsperspektiv fremstår den svenske modellen som en bedre løsning for norsk utlendingsforvaltning enn dagens UNE. Regjeringen med sitt utvalg synes derimot å gå i motsatt retning. I stedet for å ta ett skritt fremover mot svensk domstolsbehandling vil man ta ett skritt tilbake mot økt politisk kontroll av klagesaksbehandlingen.

Mye tyder på at å innføre en klagesaksbehandling med alminnelig domstolsbehandling av vedtakene for tiden ikke er politisk gjennomførbart. Utval-

²⁰ Sveriges utlendingslov 29. september 2005 kapittel 14 § 3.

get må likevel ta inn over seg de kritikkverdige forholdene ved dagens ordning. Vi oppfordrer utvalget til å opprettholde den snevre adgangen til politisk styring, slik at klagesaksbehandlingen også for fremtiden er fundert på prinsipper om likebehandling, legitimitet og politisk uavhengighet. For det andre må kriteriene senkes for når nemnda settes med nemndsmedlemmer, slik at en større andel saker avgjøres med personlig fremmøte og lekrepresentasjon. Selv om det etter vår mening er behov for en mer vidtgående reform, kan dette likevel bidra til å skape rom for å adressere de virkelige utfordringene på området, i stedet for å gi seg hen til de stadig skiftende politiske kastevinder som herjer på utlendingsfeltet.