

Høring – endringer i utlendingsloven – innstramminger II

Høringsuttalelse fra Dommerforeningens fagutvalg for offentlig rett

Dommerforeningens fagutvalg for offentlig rett bistår Dommerforeningens styre i offentligrettslige spørsmål. Fagutvalget gjennomgår også høringssaker innenfor utvalgets fagområde, og avgir enkelte høringsuttalelser i eget navn. For tiden har fagutvalget følgende medlemmer:

- Lagdommer Kyrre Grimstad (leder), Borgarting lagmannsrett
- Høyesterettsdommer Henrik Bull, Høyesterett
- Lagdommer Bjørn O. Berg, Frostating lagmannsrett
- Lagdommer Irene Sogn, Borgarting lagmannsrett
- Tingrettsdommer Ola Rambjør Heide, Gjøvik tingrett

Vi beklager at dette høringssvaret kommer svært sent. Etter kontakt med Christian Reusch i Justisdepartementet fikk vi forståelsen av at innspill likevel fremdeles kan ha en verdi for det videre arbeidet. Vi har ikke hatt kapasitet til å gjøre en grundig gjennomgang av hele høringsnotatet, men vil komme med noen synspunkter på enkelte tema.

Opphevelse av visumfrihet og mulighet for bortvisning av asylsøkere

I høringsnotatet punkt 4 foreslås det å oppheve retten til visumfri innreise for asylsøkere hvis asylsøknad kan nektes realitetsbehandlet i medhold av utlendingsloven § 32 første ledd. Bestemmelsen omfatter blant annet asylsøkere som har hatt opphold i et annet land eller område hvor vedkommende ikke var forfulgt. Forslaget synes å legge opp til at det ved grensepassering kan gjøres en summarisk vurdering av om asylsøkeren omfattes av hjemmelen i utlendingsloven § 32 for å nekte realitetsbehandling av søknaden. Fagutvalget vil i denne forbindelse peke på at det etter § 32 skal tas hensyn til ikke bare om utlendingen har hatt opphold i et trygt område, men også om vedkommende risikerer videre utsendelse derfra til et sted der det er risiko for forfølgelse. Denne problemstillingen har vært oppe i forbindelse med retur til Russland, der det har vært reist spørsmål om de som returneres dit, er trygge for videre retur blant annet til krigsområder i Syria. Under den pågående flyktningekrisen i Europa kan problemstillingen imidlertid være aktuell også ved retur til Schengen-land som ikke er i stand til å gjøre en forsvarlig behandling av asylsøknader eller motta flere flyktninger. Utvalget viser her også til sine kommentarer nedenfor til § 7-3 fjerde ledd i utlendingsforskriften.

Forslaget må i så måte ses i sammenheng med høringsnotatet punkt 9, der det foreslås at asylsøkere som ikke har krav på realitetsbehandling av søknaden, kan utvises etter utlendingsloven § 66. Utvisningen skal kunne kombineres med innreiseforbud på opptil fem år (to år hvis utlendingen har barn i Norge). Utvalget forstår forslaget slik at også utvisning skal vurderes som ledd i den samme saksbehandlingen som skal foretas i medhold av § 32. Som påpekt i høringsbrevet avsnitt 9.3, forutsetter et utvisningsvedtak vurderinger, ikke minst av forholdsmessighet, som kommer i tillegg til de vurderingstemaer som oppstilles i § 32, og som vil stille ytterligere krav til saksbehandlingen.

Klargjøring av bevis- og risikokrav

I høringsnotatet punkt 6.1 foreslås det en rekke endringer i utlendingsforskriften for å klargjøre krav til bevis- og risikovurderinger i utlendingssaker.

Etter fagutvalgets syn er det i utgangspunktet positivt med en klargjøring av hvem som har bevisbyrden og hva som skal til for å oppfylle den. Fagutvalget er imidlertid skeptisk til at dette gjøres i form av forskriftsregler. Etter en lovendring i fjor kan også UNE instrueres på generelt grunnlag om skjønnsutøvelse og lovtolkning. Det er erfaringsmessig meget vanskelig å formulere retningslinjer for sammensatte og kompliserte bevis- og risikovurderinger på en god måte i form av regulære lov- og forskriftsbestemmelser. Departementets utkast gir flere eksempler på det, noe utvalget kommer tilbake til. Instruks er i så måte en mer velegnet form. Det gir bedre muligheter til å gi mer utfyllende forklaringer om hva man mener.

Utlendingsforskriften binder også domstolene. Det kan reises prinsipielle motforestillinger mot å gripe inn i domstolenes frie bevisvurdering, som er et grunnprinsipp i norsk prosess. Fagutvalget vil i denne sammenheng bemerke at Høyesteretts uttalelser i Rt. 2011 side 1481 avsnitt 45 og 46, som det er vist til i høringsnotatet side 34, ikke innebærer at det gjennom rettspraksis er lagt bånd på rettens frie bevisvurdering når det gjelder troverdigheten av utlendingers forklaring. I dommen avsnitt 37 vises det til utgangspunktet som fremgår av lovens forarbeider: Det skal foretas en fri bevisvurdering. Uttalelsene i avsnitt 45 og 46 kan ikke oppfattes som en innskrenkning av dette, men som en redegjørelse for bevisbyrdekrav og for hva som normalt vil være av betydning i bevisvurderingen.

At slike retningslinjer i form av en instruks kan være et nyttig arbeidsredskap også for domstolene i den grad de ikke går lenger enn å klargjøre det som med rimelighet kan utledes av lov og forarbeider, er en annen sak. Slik utvalget oppfatter utkastet, synes hovedhensikten å være en slik klargjøring.

Reglene foreslått i utlendingsforskriften § 7-3, særlig tredje og fjerde ledd, har imidlertid fått en uheldig utforming. I tredje ledd heter det at utlendingens forklaring skal legges til grunn når den anses "sannsynlig". I dette ligger det vel ikke annet enn at det er tilstrekkelig med alminnelig sannsynlighetsovervekt for å legge innholdet av forklaringen til grunn som bevist, i tråd med det alminnelige beviskravet i sivile saker. Videre er det i forslaget til § 7-3 tredje ledd fastsatt en rekke momenter det skal legges vekt på ved vurderingen av om forklaringen er sannsynlig. Vurdering av en forklarings troverdighet er noe som må gjøres konkret ut fra forholdene i den enkelte saken. Det burde vel her derfor snarere stå for eksempel at "[s]økerens forklaring legges til grunn når den er sannsynlig. Ved sannsynlighetsvurderingen skal det særlig legges vekt på ... " – eventuelt, som i utkastets § 7-3 a tredje ledd "[v]ed vurderingen kan det legges vekt på ...".

I tillegg til dette er flere av momentene i forskriften § 7-3 tredje ledd nokså selvsagte og intetsigende, ettersom de vil inngå i en ordinær vurdering av troverdigheten av utlendingens forklaring holdt opp mot andre bevis. Hva innebærer det f.eks. – ut over det selvsagte – at det ved vurderingen av om forklaringen er "sannsynlig" skal legges vekt på at forklaringen er "sammenhengende og troverdig" (bokstav b) og er "generelt troverdig" (bokstav d)? Og i hvilken grad åpner sekkebestemmelsen i bokstav e for at også andre forhold kan tillegges vekt, dvs. at det likevel kan gjøres en mer fri bevisvurdering? Dette viser etter utvalgets mening at instruksformen er mer velegnet enn forskriftsformen for denne type retningslinjer.

Også forslagene til formulering av krav til risiko i forskriften § 7-3 fjerde ledd har fått en uheldig utforming. Bestemmelsen er vanskelig å forstå, og vil gi opphav til tolkningstvil. Dette gjelder særlig formuleringen om at "Kravene til faregrad og sannsynlighet for at følgen skal inntreffe skal være i samsvar med folkerettslige forpliktelser." Regelen er svært vanskelig

å forstå, og innholdet vil måtte fastlegges ved nærmere undersøkelser av folkerettslige regler, som også kan endre seg over tid. Videre er det vanskelig å forstå formuleringen "En ren mulighet for at risiko skal inntreffe er ikke tilstrekkelig". Setningen gir liten mening. En risiko er en mulighet eller sannsynlighet for at noe skal inntreffe. Hva er da en mulighet for en risiko? Antakelig er meningen å si at "en ren mulighet for at utsendelse vil lede til forfølgelse, jf. lovens § 28 første ledd jf. § 29, eller alvorlig overgrep, jf. lovens § 28 a, er ikke tilstrekkelig". I det hele tatt synes forslaget til § 7-3 fjerde ledd å etterlate en rekke tolknings spørsmål, som man ved å bruke instruksformen lettere kan gå nærmere inn på og besvare.

Vi stiller også spørsmål ved om den siste setningen i forskriften § 7-3 fjerde ledd – om at det "som hovedregel foreligger presumsjon for at det ikke foreligger beskyttelsesbehov" ved retur til land som er forpliktet etter EMK og EUs statusdirektiv – er hensiktsmessig. I normale tider er det nokså selvsagt at det i land som er forpliktet etter EMK eller EU-regelverk, ikke er særlig risiko for forfølgelse. Men risiko for forfølgelse ved retur må vurderes konkret, herunder om det er risiko for videresending til tredjeland der det er risiko for forfølgelse – noe ordet "presumsjon" nettopp synes å ta høyde for. Særlig i tider med stor tilstrømning av asylsøkere til visse land er det ikke gitt at man kan legge til grunn generelle presumpsjoner om slik risiko ut fra landenes internasjonale forpliktelser. Det synes derfor å være lite behov for en presumpsjonsregel med dette innholdet. Som høringsbrevet selv påpeker, skal Høyesterett behandle en sak (HR-2015-2215-U) som nettopp synes å reise disse problemstillingene.

Med hilsen

Dommerforeningens fagutvalg for offentlig rett