



DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

# Prop. 3 L

(2010–2011)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

Endringer i utlendingsloven  
(gjennomføring av returdirektivet)



# Innhold

|          |   |    |           |  |    |
|----------|---|----|-----------|--|----|
| 1        | <b>Hovedinnholdet i proposisjonen</b>   | 5  | <b>6</b>  | <b>Gjennomføring av direktivets regel om frivillig retur – Artikkel 7</b>                      | 24 |
| 2        | <b>Bakgrunnen for lovforslaget</b>  | 7  | 6.1       | Direktivet   | 24 |
| 2.1      | Norges deltakelse i Schengen-samarbeidet  | 7  | 6.2       | Gjeldende rett   | 24 |
| 2.2      | Videreutvikling av Schengen-regelverket – rettslige konsekvenser  | 7  | 6.3       | Departementets høringsnotat  | 24 |
| 2.3      | EU-rettslig forankring  | 8  | 6.4       | Høringsinstansenes syn   | 25 |
| 2.4      | Returpolitikken i EU  | 8  | 6.5       | Departementets vurdering   | 27 |
| 2.5      | Forholdet til Dublin II-forordningen  | 9  | <b>7</b>  | <b>Gjennomføring av direktivets regler om uttransportering – Artikkel 8 og 9</b>               | 34 |
| 2.6      | 20 retningslinjer for tvungen retur   | 9  | 7.1       | Artikkel 8   | 34 |
| 2.7      | Høringen  | 9  | 7.1.1     | Direktivet   | 34 |
| <b>3</b> | <b>Kort om returdirektivet</b>  | 12 | 7.1.2     | Gjeldende rett   | 34 |
| 3.1      | Systematikken i direktivet  | 12 | 7.1.3     | Departementets høringsnotat  | 34 |
| 3.2      | Kort gjennomgang av direktivet  | 12 | 7.1.4     | Høringsinstansenes syn   | 34 |
| <b>4</b> | <b>Gjennomføring av direktivets regler om anvendelsesområde, definisjoner, forrangsbestemmelser og særlige prinsipper</b> | 13 | 7.1.5     | Departementets vurdering   | 35 |
| 4.1      | Direktivets formål – Artikkel 1   | 13 | 7.2       | Utsatt uttransportering – Artikkel 9   | 36 |
| 4.2      | Anvendelsesområdet – Artikkel 2   | 13 | 7.2.1     | Direktivet   | 36 |
| 4.2.1    | Direktivet  | 13 | 7.2.2     | Gjeldende rett   | 37 |
| 4.2.2    | Departementets høringsnotat   | 13 | 7.2.3     | Departementets høringsnotat  | 37 |
| 4.2.3    | Høringsinstansenes syn  | 13 | 7.2.4     | Høringsinstansenes syn   | 37 |
| 4.2.4    | Departementets vurdering  | 14 | 7.2.5     | Departementets vurdering   | 37 |
| 4.3      | Definisjoner – Artikkel 3   | 15 | <b>8</b>  | <b>Gjennomføring av direktivets regler om retur av enslige mindreårige – Artikkel 10</b>       | 38 |
| 4.3.1    | Direktivet  | 15 | 8.1       | Direktivet   | 38 |
| 4.3.2    | Høringsnotatet  | 16 | 8.2       | Gjeldende rett   | 38 |
| 4.3.3    | Høringsinstansenes syn  | 16 | 8.3       | Departementets høringsnotat  | 38 |
| 4.3.4    | Departementets vurdering  | 16 | 8.4       | Høringsinstansenes syn   | 38 |
| 4.4      | Forrangsbestemmelser – Artikkel 4   | 18 | 8.5       | Departementets vurdering   | 39 |
| 4.4.1    | Direktivet  | 18 | <b>9</b>  | <b>Gjennomføring av direktivets regler om utvisning (innreiseforbud) – Artikkel 11</b>         | 41 |
| 4.4.2    | Departementets vurdering  | 18 | 9.1       | Direktivet   | 41 |
| 4.5      | Vern mot retur, barnets beste, retten til familieliv og helse – Artikkel 5  | 18 | 9.2       | Gjeldende rett   | 41 |
| 4.5.1    | Direktivet  | 18 | 9.3       | Departementets høringsnotat  | 42 |
| 4.5.2    | Gjeldende rett  | 19 | 9.4       | Høringsinstansenes syn   | 42 |
| 4.5.3    | Departementets høringsnotat   | 19 | 9.5       | Departementets vurdering   | 44 |
| 4.5.4    | Høringsinstansenes syn  | 19 | <b>10</b> | <b>Gjennomføring av direktivets regler om rettssikkerhetsgarantier – Artikkel 12, 13 og 14</b> | 47 |
| 4.5.5    | Departementets vurdering  | 19 | 10.1      | Direktivet   | 47 |
| <b>5</b> | <b>Gjennomføring av direktivets regel om et særskilt returvedtak – Artikkel 6</b>   | 20 | 10.2      | Gjeldende rett   | 47 |
| 5.1      | Direktivet  | 20 | 10.3      | Departementets høringsnotat  | 47 |
| 5.2      | Gjeldende rett  | 20 | 10.4      | Høringsinstansenes syn   | 47 |
| 5.3      | Departementets høringsnotat   | 20 |           |  |    |
| 5.4      | Høringsinstansenes syn  | 21 |           |  |    |
| 5.5      | Departementets vurdering  | 21 |           |  |    |





DET KONGELIGE  
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

# Prop. 3 L

(2010–2011)

Proposisjon til Stortinget (forslag til lovvedtak)

---

## Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)

*Tilråding fra Justis- og politidepartementet av 1. oktober 2010,  
godkjent i statsråd samme dag.  
(Regjeringen Stoltenberg II)*

### 1 Hovedinnholdet i proposisjonen

I proposisjonen foreslås det lovendringer for å gjennomføre Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold (returdirektivet) i norsk rett. Returdirektivet er en videreutvikling av Schengen-regelverket, og rettsakten gjennomføres derfor i norsk rett. Rettsakten medfører endringer i lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 2008.

Det foreslås lovendringer vedrørende frivillig retur, utvisning (innreiseforbud), frihetsberøvelse, retur av enslige mindreårige, kontrollsystem for uttransportering og lovfesting av hva som skal anses for å utgjøre en fare for unndragelse. Returdirektivets øvrige materielle innhold, anses ikke å kreve øvrige endringer i lovs form.

Etter gjeldende rett suppleres utlendingsloven med forskrifter. Departementet vil også fremme forslag til endringer i forskrift.

I kapittel 2 i proposisjonen omtales bakgrunnen for lovforslaget.

I kapittel 3 i proposisjonen redegjøres det kort om innholdet i returdirektivet.

I kapitlene 4 til 12 i proposisjonen er det tatt opp spørsmål knyttet til gjennomføringen av bestemmelsene i direktivet.

I kapittel 4 i proposisjonen behandles direktivets anvendelsesområde, definisjoner, forrangsbestemmelser og særlige prinsipper som skal hensyntas ved gjennomføringen av direktivet. Direktivet gjelder i utgangspunktet enhver tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig i Norge. Det åpnes imidlertid for å unnlate å anvende direktivet overfor tredjelandsborgere som blir stoppet ved en Schengen-yttergrense og overfor personer som skal returneres som følge av en ilagt straffereettslig sanksjon, samt overfor personer som skal utleveres. Det foreslås at man fra norsk side benytter denne muligheten slik at direktivets bestemmelser ikke kommer til anvendelse i de nevnte tilfeller. Videre opererer direktivet med begrepet unndragelsesfare i ulike sammenhenger. Det står sentralt i vurderingen av frivillig retur, utvisning og fengsling. Begrepet er ikke presisert nærmere i dagens utlendingslov. I proposisjonen foreslås derfor en ny bestemmelse i utlendingsloven § 106 a som presiserer begrepet nærmere.

I kapittel 5 i proposisjonen behandles direktivets krav til å fatte særskilte returvedtak. Det foreslås å videreføre det vedtakssystemet som er i dagens utlendingslovgivning i denne forbindelse.

I kapittel 6 i proposisjonen drøftes frivillig retur. Direktivet stiller som krav at medlemslandene som hovedregel skal gi en periode for frivillig retur før tvangsmessig retur iverksettes. Det foreslås å endre utlendingsloven § 90 slik at retten til en periode for frivillig utreise tydeliggjøres. Perioden for frivillig retur skal i utgangspunktet settes til mellom syv og tretti dager, men kan forlenges om nødvendig. Direktivet styrker således rettsstillingen til tredjelandsborgere som har ulovlig opphold.

I kapittel 7 i proposisjonen behandles uttransportering. Det foreslås en ny § 90 niende ledd hvor Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om innføringen av et system for kontroll av tvangsreturer.

I kapittel 8 i proposisjonen drøftes retur av enslige mindreårige. Her foreslås en lovendring som sikrer at retur av enslig mindreårig bare skal skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et annet forsvarlig omsorgstilbud.

I kapittel 9 i proposisjonen behandles utvisning (innreiseforbud). Direktivet har som formål å stimulere til økt bruk av frivillig retur. På den annen side oppstiller direktivet en klar utvisningsregel dersom en utlending ikke reiser frivillig. Vedkommende *skal* da utvises. På samme måte *skal* en utlending utvises dersom han ikke får innvilget en periode for frivillig retur. Det kan blant annet unnlates å gi en periode for frivillig retur dersom

det foreligger unndragelsesfare. Etter utlendingsloven er utvisning fakultativt. En utlending *kan* utvises på nærmere bestemte vilkår. Departementet foreslår som følge av direktivet å innføre en skalregel i forbindelse med utvisning. Samtidig åpnes det for å ilegge innreiseforbud med ett års varighet. Etter dagens regelverk er to år nedre grense.

I kapittel 10 i proposisjonen drøftes rettssikkerhetsgarantier. Direktivet oppstiller minstestandarder for rettssikkerhetsgarantier som skal gjelde for tredjelandsborgere i samtlige Schengenland. Dette vil innebære en betydelig styrking av rettighetene for tredjelandsborgere i mange land. Departementet anser imidlertid at de rettssikkerhetsgarantiene som er nedfelt i direktivet allerede er ivaretatt i norsk rett.

I kapittel 11 i proposisjonen drøftes frihetsberøvelse. Direktivet regulerer frihetsberøvelse av utlendinger som skal returneres og oppstiller en absolutt skranke for frihetsberøvelse utover 18 måneder i disse tilfellene. Det foreslås en endring i utlendingsloven § 106 siste ledd, slik at det innføres en absolutt tidsbegrensning for frihetsberøvelse også i norsk rett. I tillegg foreslås det inntatt en bestemmelse som uttømmende angir adgangen til å frihetsberøve utover 12 uker i returøyemed.

I kapittel 12 i proposisjonen behandles nødsituasjoner og direktivets avsluttende bestemmelser.

I kapittel 13 i proposisjonen omtales økonomiske og administrative konsekvenser.

I kapittel 14 i proposisjonen gis merknader til de enkelte lovbestemmelser.

## 2 Bakgrunnen for lovforslaget

### 2.1 Norges deltakelse i Schengen-samarbeidet

---

Den 30. juli 1997 ratifiserte Norge samarbeidsavtalen av 19. desember 1996 mellom Norge, Island og Schengen-landene. EU-landene var på dette tidspunkt inne i den avsluttende fasen av en omfattende prosess med sikte på å revidere sitt traktatgrunnlag. Arbeidet ble avsluttet i Amsterdam 16.-17. juni 1997, og munnet ut i den såkalte Amsterdam-traktaten. Som ledd i traktatrevisjonen besluttet EU-landene blant annet å integrere Schengen-samarbeidet i EU. Den 18. mai 1999 inngikk Norge avtale med EU om tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutvikling av Schengen-regelverket.<sup>1</sup> Denne avtalen erstatter samarbeidsavtalen fra 1996. Det følger av avtalen og forutsetningen for samarbeidet at Norge skal implementere nytt EU-regelverk som er en videreutvikling av tidligere Schengen-regelverk.

### 2.2 Videreutvikling av Schengen-regelverket – rettslige konsekvenser

---

Det følger av punkt 28 i fortalet til returdirektivet at direktivet er en videreutvikling av Schengen-regelverket. Returdirektivet ble ansett å være Schengen-relevant i henhold til Rådsbeslutning 1999/437/EC artikkel 1 bokstav c. Bestemmelsen omfatter blant annet utvisning av tredjelandsborgere. Direktivet skal for øvrig bidra til å bekjempe ulovlig migrasjon og ulovlig opphold på Schengenterritoriet. Norge skal på selvstendig grunnlag avgjøre om innholdet i rettsakten skal godtas og innarbeides i intern rett, jf. tilknytningsavtalen artikkel 8 (2) (a). Dersom Norge ikke godtar nytt regelverk som anses Schengen-relevant, eller ikke iverksetter et vedtak midlertidig, skal Fellesorganet i løpet av 90 dager undersøke ulike måter

å videreføre avtalen på. Det følger av tilknytningsavtalen artikkel 8 (4) at dersom Norge ikke godtar innholdet i en ny rettsakt, skal avtalen anses opphørt. Norge må i henhold til tilknytningsavtalen notifisere EU om godtakelsen av direktivet, med et forbehold om Stortingets samtykke. Deretter kreves det i utgangspunktet en særskilt gjennomføringsakt for at direktivet skal få virkning for rettssubjekter internt i Norge, jf. vårt dualistiske system. Utlendingsloven § 3 foreskriver at loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling. Bestemmelsen innebærer, med forbehold om Stortingets samtykke, at returdirektivets forpliktelser i favør av utlendingen har umiddelbar internrettslig virkning. Det råder følgelig sektormonisme på utlendingsrettens område. Returdirektivets rettighetsbestemmelser må derfor gå foran internrettslige rettsregler ved eventuell motstrid. Ved eventuell mangelfull gjennomføring i norsk rett av andre Schengen-forpliktelser, vil det alminnelige presumpsjonsprinsipp få anvendelse slik at norsk rett presumeres å være i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser.

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

Direktivet benytter en rekke begreper som er fremmed for norsk begrepsbruk og regelverk, som et «returvedtak» (return decision) og «vedtak om uttransportering» (removal order). Disse begrepene vil ikke overføres direkte til norsk rett som sådan, men innlemmes i det eksisterende regelverket. For mange av bestemmelsene i direkti-

---

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

vet vil det være tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni (passiv transformasjon) mellom direktivet og norsk lov.

Eventuell senere rettspraksis ved EU-domstolen vedrørende returdirektivet vil være bindende for medlemslandene i EU, men ikke for Norge. For vår del vil det kun ha tolkningsmessig betydning.<sup>2</sup> Det bør likevel presiseres at Schengen-avtalens artikkel 9 uttrykker partenes målsetting om å komme fram til en mest mulig ensartet anvendelse og tolkning av Schengen-regelverket. Artikkel 9 (2) gir Norge en rett til å gi uttalelse til EU-domstolen i saker om tolkning av Schengen-regelverket som forelegges den av medlemsstatenes domstoler (såkalte prejudisielle saker). Artikkel 10 (2) viser bl.a. til den situasjon at det i forhold til Schengen-regler oppstår en betydelig tolkningsforskjell mellom EU-domstolen og norske domstoler. En eventuell ulikhet i rettspraksis eller myndighetspraksis vil kunne kreve særskilte tiltak fra partenes side dersom Schengen-avtalen skal kunne videreføres.

EU gjennomfører med visse mellomrom en Schengen-evaluering for å følge opp medlemslandenes forpliktelser. Returdirektivets regler og etterlevelsen av disse vil i så måte inngå som en del av evalueringen når Norge neste gang skal evalueres i 2011.

### 2.3 EU-rettslig forankring

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

Direktivets virkeområde må tolkes i lys av hjemmelsbestemmelsen i EF-traktaten artikkel 63 (3) (b) som gir kompetanse til å treffe tiltak om innvandringspolitikk for ulovlig innvandring og ulovlig opphold, herunder retur av personer med ulovlig opphold, se nå Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) artikkel 79 (2) (c). I følge TFEU artikkel 72 (tidl. TEF artikkel 64 (1)

og TEU artikkel 33) er direktivet ikke til hinder for at medlemsstatene utøver sitt primæransvar for å opprettholde lov og orden og ivareta indre sikkerhet. Denne avgrensningen henger nøye sammen med presiseringer av forholdet mellom EU og medlemsstatene fastsatt i Lisboa-traktaten i TEU artikkel 4 (2) om at nasjonal sikkerhet forblir statenes eget ansvar og artikkel 5 (2) om at kompetanse som ikke er gitt EUs organer i traktatene, forblir statenes ansvar. Dette prinsippet er også gjennomgående i forhold til andre deler av EUsamarbeidet og er særlig presisert i TFEU artikkel 73 om nasjonalt ansvar for myndighetssamarbeid og artikkel 276 om avskjæring av EU-domstolens kompetanse til å overprøve nasjonale myndigheters skjønn. Direktivet må derfor tolkes i samsvar med forutsetningen om at staten beholder et handlingsrom for å iverksette nødvendige tiltak for å ivareta grunnleggende nasjonale interesser.

### 2.4 Returpolitikken i EU

Et stort antall tredjelandsborgere har de siste årene søkt asyl i EU. For eksempel kom det 246 200 asylsøkere til EU27 i 2009.<sup>4</sup> Mange av disse oppfyller ikke vilkårene for å få innvilget asyl, og må returnere til sine hjemland. Videre er det en rekke personer som innvandrer ulovlig til Europa eller som blir værende når visumet eller oppholdstillatelsen har løpt ut. Det er svært vanskelig å anslå hvor mange personer som oppholder seg ulovlig i Europa, men et estimat for 2005 anga at det befant seg 4,5 millioner illegale innvandrere («unauthorized immigrants») i EU-landene. Med dette som bakgrunn var det viktig å få på plass en rettsakt som etablerte felles standarder og prosedyrer for frivillig og tvungen retur av tredjelandsborgere uten lovlig opphold. Medlemslandenes lovgivning knyttet til retur av tredjelandsborgere har hittil vært preget av store ulikheter. Både terminologien og regelverket i forbindelse med retur, gjennomføring av tvangsmessige returer, bruk av makt, fengsling og utvisning har variert fra medlemsland til medlemsland. Innenfor et Schengen-territorium uten indre grenser, er det nødvendig å etablere et felles sett med regler i forbindelse med retur. Dette vil både styrke rettsvernet for utlendinger som skal returneres og skape økt forståelse hos medlemsstatene for nødvendigheten av en aktiv returpolitikk.

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

<sup>3</sup> Co-decision procedure, som følger av EF-traktatens artikkel 251.

<sup>4</sup> Tall fra UNHCR på antall asylsøknader som ble fremmet i EU-landene totalt i 2009. Tallet for hele Europa (inkludert Norge) er 286 700. Dette innebar en svak stigning fra 2008.



## 2.5 Forholdet til Dublin II-forordningen

---

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

For det første dekker ikke returdirektivets anvendelsesområde «returer» som foretas innenfor Schengen-territoriet, jf. definisjonen av retur i artikkel 3. Således vil for eksempel ikke en situasjon der svenske myndigheter tar tilbake en som tidligere har søkt asyl i Sverige, omfattes av returdirektivet.

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

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

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

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

landet om tilbaketakelse i medhold av Dublin II-forordningen.

Dublin II-forordningen er for tiden under revisjon. Kommisjonen har allerede varslet at man vil se nærmere på forholdet mellom returdirektivet og forordningen i denne sammenheng.

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

- enten gjennomføre en retur i medhold av returdirektivets bestemmelser, som innebærer at det må fattes vedtak om retur, med en tilhørende rett til frivillig retur etc.,
- eller avstå fra å anvende returdirektivet, og gjennomføre en overføring i medhold av Dublin II-forordningen.

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

## 2.6 20 retningslinjer for tvungen retur

---

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

## 2.7 Høringen

---

Justisdepartementet sendte et forslag om gjennomføring av returdirektivet i norsk rett på høring den 3. februar 2010 til følgende adressater:

Departementene

Arbeids- og velferdsdirektoratet (NAV)  
Arbeidstilsynet  
Barneombudet  
Datatilsynet

|  |  |
|--|--|
| Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi)                               | Handels- og servicenæringens hovedorganisasjon (HSH)         |
| Domstolsadministrasjonen   | Human Rights Service (HRS)                                   |
| Fylkesmennene (18 stykker)   | Innvandrerne Landsorganisasjon (INLO)                        |
| Helsetilsynet  | IOM – International Organization for Migration               |
| Integrerings- og mangfoldsdirektoratet (IMDi)                            | Islamic Cultural Center Norway                               |
| Likestillings- og diskrimineringsombudet                                 | Islamsk Kvinnegruppe Norge (IKN)                             |
| NORAD  | Islamsk Råd  |
| Petroleumstilsynet   | Juridisk Rådgivning for kvinner (JURK)                       |
| Politiavdelingen/POD   | Jussformidlingen i Bergen                                    |
| Regjeringsadvokaten  | Juss-hjelpe i Midt-Norge                                     |
| Riksadvokaten  | Juss-hjelpe i Nord-Norge                                     |
| Skattedirektoratet   | Juss-Buss  |
| Statistisk sentralbyrå   | KIM – kontaktutvalget mellom innvandrere og myndighetene     |
| Stortingets ombudsmann for forvaltningen                                 | Kirkens Bymisjon   |
| Utlendingsdirektoratet (UDI)   | Kirkens Nødhjelp   |
| Utlendingsnemnda (UNE)   | Kontoret for fri rettshjelp                                  |
| Universitetene (8 stykker)   | Krisesentersekretariatet                                     |
| Økokrim  | Kristent Interkulturelt Arbeid (KIA)                         |
| Arbeiderpartiet  | KS – kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon |
| Demokratene  | Landbrukets arbeidsgiverforening                             |
| Det liberale folkepartiet  | Landsorganisasjonen i Norge (LO)                             |
| Fremskrittspartiet   | Landsrådet for Norges barne- og ungdomsorganisasjoner (LNU)  |
| Høyre  | MiRA Ressurssenter for innvandrere- og flyktningkvinner      |
| Kristelig Folkeparti   | Nei til EU   |
| Kystpartiet  | NOAS – Norsk organisasjon for asylsøkere                     |
| Miljøpartiet De grønne   | Norges Hindu Kultur Senter                                   |
| Norges Kommunistiske Parti   | Norges Idrettsforbund og Olympiske komité                    |
| Pensjonistpartiet  | Norske Idrettsutøveres Sentralforbund                        |
| Rødt   | Norges Ingeniørorganisasjon                                  |
| Senterpartiet  | Norges Juristforbund   |
| Sosialistisk Venstreparti  | Norges politilederlag  |
| Venstre  | Norges Rederiforbund   |
| Advokatforeningen  | Norges Røde Kors   |
| African Youth in Norway (AYIN)   | Norsk Barnevernsamband                                       |
| Akademikerne   | Norske kvinners sanitetsforening                             |
| Amnesty International Norge  | Norsk Folkehjelp   |
| Antirasistisk Senter   | Norsk Innvandrersforum                                       |
| Arbeidsgiverforeningen Spekter   | Norsk Krisesenterforbund                                     |
| Bispedømmene (11 stykker)  | Norsk Psykologforening                                       |
| Buddhistforbundet  | Norsk senter for menneskerettigheter (SMR)                   |
| Den katolske kirke   | Nye Norges kristne råd                                       |
| Den norske dommerforening  | Næringslivets hovedorganisasjon (NHO)                        |
| Den norske Helsingforskomité   | OMOD – Organisasjonen mot offentlig diskriminering           |
| Den norske kirke – Kirkerådet  | Oslo katolske bispedømme                                     |
| Det mosaiske trossamfunn i Oslo.   | Oslo Røde Kors Internasjonale Senter                         |
| Det mosaiske trossamfunn i Trondheim                                     | Politiembetsmennenes landsforening                           |
| Faglig forum for kommunalt flyktningarbeid                               | Politiets Fellesforbund                                      |
| Fellesorganisasjonen for barnevernspedagoger, sosionomer og vernepleiere | PRESS – Redd Barna Ungdom                                    |
| Flyktninghjelpen   | Redd Barna   |
| Fokus (Forum for women and development)                                  |  |
| Grenseland – forum for asylsøkere og flyktninger                         |  |

Ressurssenter for pakistanske barn  
Rettspolitisk forening  
SOS Rasisme  
Samarbeidsrådet for tros- og livssynssamfunn  
Sanatan Mandir Sabha  
Selvhjelp for innvandrere og flyktninger (SEIF)  
UNHCR Stockholm  
Unio – Hovedorganisasjonen for universitets- og høyskoleutdannede  
World Islamic Mission  
Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund (YS)

Høringsfristen ble satt til 31. mars 2010 og følgende høringsinstanser har inngitt merknader til forslaget: Advokatforeningen, Amnesty International, Barneombudet, Domstoladministrasjonen, Fellesorganisasjonen, Juss-Buss, KIM, Mellomkirkelig råd for Den norske kirke, NOAS, Norsk Folkehjelp, Norsk psykologforening, Oslo politidistrikt, Politidirektoratet, Politiets utlendingsenhet, Redd Barna, Riksadvokaten, Statistisk sentralbyrå, Tunsberg biskop, UNHCR, Utenriksdeparte-

mentet, Utlendingsdirektoratet og Utlendingsnemnda.

Følgende høringsinstanser har svart uten å ha merknader til forslaget: Arbeidsdepartementet, Arbeidsgiverforeningen, Arbeidstilsynet, Spekter, Barne-, likestillings og inkluderingsdepartementet, Datatilsynet, Finansdepartementet, Fiske- og kystdepartementet, Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, Forsvarsdepartementet, Fylkesmannen i Vestfold, Helse- og omsorgsdepartementet, Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, Kunnskapsdepartementet, Landbruks- og matdepartementet, Landsorganisasjonen i Norge, Likestillings- og diskrimineringsombudet, NAV, Norges Rederiforbund, Næringslivets Hovedorganisasjon, Nærings- og handelsdepartementet, Samferdselsdepartementet, Skattdirektoratet og Regjeringsadvokaten.

Departementet vil bemerke at svar fra høringsinstansene av mer generell karakter som ikke direkte angår gjennomføringen av direktivet, i liten grad vil bli omtalt i proposisjonen.

## 3 Kort om returdirektivet

### 3.1 Systematikken i direktivet

Direktivet skal sikre rettssikkerhet og verdighet i forbindelse med prosessen knyttet til retur av tredjelandsborgere. Samtidig skal direktivet bidra til å løse utfordringen Europa står overfor i forbindelse med ulovlig migrasjon og ulovlig opphold. Systematikken i direktivet kan for overblikkets skyld skisseres som følger: Når en medlemsstat oppdager en tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig, skal vedkommende stat utstede et returvedtak. Dette vedtaket skal i utgangspunktet inneholde en periode på mellom sju og tretti dager for frivillig utreise, da det skal tilstrebes at tredjelandsborgere forlater EU eller Schengenområdet frivillig. Erfaring tilsier imidlertid at mange tredjelandsborgere ikke reiser frivillig, og direktivet har tatt høyde for dette. Tredjelandsborgeren skal, dersom han ikke reiser frivillig eller hvis han på grunn av fare for unndragelse ikke får muligheten til å reise frivillig, uttransporteres av medlemsstaten. Vedkommende skal samtidig utvises og det skal settes et innreiseforbud som i utgangspunktet gjelder for hele Schengenområdet. Endelig regulerer direktivet fengsling av tredjelandsborgere i returøyemed. Direktivet sikrer også prosessuelle rettigheter ved retur. Returvedtak og vedtak om innreiseforbud skal være skriftlige, begrunnede og inneholde informasjon om klageadgangen. Vedtakene kan påklages og medlemsstatene skal sørge for nødvendig rettshjelp. Endelig etablerer direktivet en plikt for medlemsstatene til å ha en nasjonal tilsynsordning i forbindelse med tvangsreturer.

### 3.2 Kort gjennomgang av direktivet

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

#### *Kapittel I – Generelle bestemmelser*

Kapitlet omhandler formålet, anvendelsesområdet, definisjoner og forrangsbestemmelser. Bar-

nets beste, retten til familieliv, helse og vernet mot retur er fremhevet som særlig viktige prinsipper. Direktivet kommer utelukkende til anvendelse hvor en utlending har ulovlig opphold i riket.

#### *Kapittel II – Opphør av ulovlig opphold*

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

#### *Kapittel III – Rettssikkerhetsgarantier*

Kapitlet stadfester viktige rettssikkerhetsgarantier, rettsmidler og hva som skjer i perioden frem til retur. Vedtakene skal være skriftlige og det er egne regler om adgang til fri rettshjelp.

#### *Kapittel IV – Frihetsberøvelse med henblikk på retur*

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

#### *Kapittel V – Avsluttende bestemmelser*

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

## 4 Gjennomføring av direktivets regler om anvendelsesområde, definisjoner, forrangsbestemmelser og særlige prinsipper

### 4.1 Direktivets formål – Artikkel 1

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

Artikkelen foranlediger ikke noe behov for endring i norsk rett.

### 4.2 Anvendelsesområdet – Artikkel 2

#### 4.2.1 Direktivet

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

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

(a) utlendinger som er pågrepet eller stanset ved yttergrensen uten å ha gyldig tillatelse for innreise.

(b) utlendinger som er gjenstand for retur som følge av ilagt straff eller særreaksjon eller som er underlagt en utleveringsprosedyre.

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

#### 4.2.2 Departementets høringsnotat

I høringsnotatet ble det foreslått å benytte adgangen til å unnta direktivets bestemmelser slik artikkel 2 åpner for. Drøftelsen i høringsnotatet tok utgangspunkt i behovet for, og hensiktsmessigheten av, å gjøre unntak for de ulike tilfeller.

#### 4.2.3 Høringsinstansenes syn

NOAS, Politidirektoratet (POD), Politiets utlendingsenhet (PU), Oslo politidistrikt, Domstolsadministrasjonen og Utenriksdepartementet støtter departementets forslag om å begrense direktivets anvendelsesområde.

Oslo politidistrikt uttaler:

«Oslo politidistrikt er svært positive til at man fra norsk side benytter muligheten til å unnta direktivet ovenfor personer som er ilagt en strafferettslig sanksjon, personer som stoppes ved Schengen yttergrense, samt utleveringstilfellene. Disse situasjonene forutsetter i utgangspunktet en rask håndtering. Det vil normalt ikke være forenlig med de utreisefristene som direktivet innfører.»

På den annen side ser Amnesty og UNHCR enkelte betenkeligheter ved å begrense direktivets anvendelsesområde.

UNHCR uttaler følgende:

«However, UNHCR also notes that the proposal will include the Return Directives article 2 (2) a and b. Article 2(2)(a) allows Member States to exclude from the scope of this Directive any persons apprehended for *irregular crossing of an external border*, and who have not subsequently obtained authorization to stay, although certain limited guarantees apply to all returns. This could mean that many of the protections contained in the Directive and in the proposed legislation would apply only to third-country nationals who entered Norway legally. However, in view of visa regulations and other entry restrictions, many persons seeking protection are compelled to enter Norway in an irregular manner. The possibility for individuals effectively to appeal against a return decision is undermined by Article 11(3), which allows Member States to opt not to provide a translation or information on the main elements of removal and entry ban decisions. Also, the wording of Article 12(4) does not oblige Member States to provide

legal aid to those in need of it. The result of these provisions is an increased risk of removal of people who have protection needs.»

#### 4.2.4 Departementets vurdering

Som det fremgår ovenfor, er det opp til medlemsstatenes diskresjonære kompetanse å avgjøre rekkevidden av direktivet innenfor rammen av artikkel 2. Departementet foreslår, i tråd med høringsnotatet og høringsinstansenes syn, å benytte den adgang artikkel 2 åpner for. Dette innebærer at direktivet som sådan ikke vil gjelde for:

- utlendinger som bortvises eller utvises ved yttergrensen,
- utlendinger som utvises på grunn av ilagt straff eller særreaksjon,
- utlendinger som er underlagt en utleveringsprosedyre.

Når det gjelder bort- og utvisning ved yttergrensen, opererer artikkel 2 (2) (a) med to ulike kategorier som kan unntas: bortvisning i medhold av artikkel 13 i grenseforordningen<sup>5</sup> og overfor utlendinger som pågripes eller stanses ved yttergrensen.

Artikkel 13 i grenseforordningen beskriver i hvilke tilfeller innreise skal nektes til medlemsstatenes territorium. Bestemmelsen er til hinder for innreise for alle som ikke oppfyller vilkårene for dette etter artikkel 5 (1) i samme forordning. Denne gruppen kan altså unntas returdirektivets bestemmelser i sin helhet. I forhold til utlendingsloven, vil det omfatte de fleste av våre bortvisningstilfeller, jf. § 17.

Den andre kategorien i artikkel 2 (2) (a) er tredjelandsborgere som «pågripes eller stanses av kompetente myndigheter i forbindelse med ulovlig passering av en medlemsstats ytre grense». Ordlyden er hentet fra Eurodac-forordningen<sup>6</sup> artikkel 8 (1) og innholdet kan gi rom for tolknings tvil. Det eksakte meningsinnholdet i bestemmelsen er uklar, og det må således være overlatt et handlingsrom for medlemsstatene til å fastlegge den nærmere fortolkningen. Det åpenbart kurante tilfellet vil være når tredjelandsborgeren blir oppdaget på selve grensen i forbindelse med den ulovlige passeringen. Tvilstilfeller kan imidlertid oppstå når en person har passert yttergrensen ulovlig og tatt seg videre inn på Schengen-territo-

riet. Spørsmålet er om direktivets bestemmelser også kan unntas i slike tilfeller. Det kan i disse tilfellene verken oppstilles en klar tidsfrist eller en kilometersone i forlengelse av grensen. Tolkningen av om man er innenfor direktivets anvendelsesområde må baseres på en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. Bestemmelsen er kun ment å ramme tilfeller hvor det er en direkte linje mellom kryssingen av yttergrensen og det tidspunktet utlendingen blir oppdaget. Dersom en tredjelandsborger har maktet å passere yttergrensen ulovlig og vedkommende blir oppdaget i Oslo dagen etter, vil direktivet i sin helhet komme til anvendelse.

Det er i de tilfellene av bortvisning som reguleres i direktivet artikkel 2 (2) (a), gode grunner for å benytte muligheten til å avgrense mot direktivets bestemmelser. Etter utlendingsloven § 90 kan vedtak om bortvisning og utvisning av en utlending som ikke har oppholdstillatelse iverksettes straks. Direktivets klare hovedregel er derimot at det skal gis en frist for frivillig utreise. Ordningen med frivillig utreise vil i utgangspunktet ha lite for seg når en tredjelandsborger forsøker å reise ulovlig inn i riket og blir oppdaget ved yttergrensen. Det må samtidig presiseres at artikkel 2 (2) (a) kun gjelder ulovlig passering av yttergrensen og ikke på grenseovergangene innenfor Schengen-territoret. I 2009 ble det for eksempel bortvist 720 personer fra Norge. De fleste av disse bortvisningene skjer ved innreise, som styrker behovet for en avgrensning mot direktivets virkeområde i disse tilfellene.

Den andre persongruppen i artikkel 2 (2) er tredjelandsborgere som utvises på grunn av ilagt straff eller særreaksjon, eller som er underlagt en utleveringsprosedyre, jf. bokstav b. Dette vil omfatte tredjelandsborgere som utvises i medhold av utlendingsloven §§ 66 bokstav b, c, e, 67 og 68, som regulerer utvisning på grunnlag av straffbare handlinger. Når det gjelder utvisning i medhold av § 66 bokstav b, c og e, foreslår departementet å unnta denne gruppen fra direktivets bestemmelser. Det er særlig direktivets regler knyttet til iverksettelse av vedtak og begrensningen i fengselsperiode, som begrunner dette. Departementet anser at det foreligger et behov for rask iverksettelse av denne gruppen, samt en adgang til å fengsle utover 18 måneder når særlige hensyn gjør det påkrevd. Se i denne forbindelse drøftelser under kapittel 11.1.5.

Departementet ser heller ingen grunn til å la vedtak om utvisning i medhold av utlendingsloven §§ 67 og 68 bli påvirket av direktivets bestemmelser. Disse personene oppholder seg lovlig i Norge

<sup>5</sup> Europaparlaments- og Rådsforordning nr 562/2006 av 15. mars 2006 om innføring av fellesskapsregler som regulerer bevegelsen av personer over grenser.

<sup>6</sup> Forordning nr 2725/2000/EF.

frem til utvisningsvedtak fattes, og faller derfor også som utgangspunkt utenfor det direktivet er ment å ramme. Det kan imidlertid oppstå en situasjon hvor en tredjelandsborger er utvist etter § 67, men forsvinner for norske myndigheter og holder seg i skjul. Spørsmålet er om direktivet da skal gjelde når vedkommende igjen oppdages av norske myndigheter. Svaret må være at direktivet ikke kommer til anvendelse, og det tidligere utvisningsvedtaket kan iverksettes i henhold til nasjonal rett.

Hva angår utlevering av utenlandske borgere, reguleres dette i lov om utlevering av lovbrytere m.v. 13. juni 1975 nr. 39 (utleveringsloven). Reglene om utlevering skiller seg i vesentlig grad fra reglene i utlendingsloven om iverksetting av vedtak. Likeledes faller utleveringstilfellene naturlig utenfor formålet med direktivet. Direktivet kommer således ikke til anvendelse i utleveringstilfellene og det er heller ikke foreslått noen gjennomføring av direktivbestemmelsene i utleveringsloven.

På denne bakgrunn foreslår departementet at Norge bør benytte muligheten til å avgrense anvendelsen av direktivet i tilfeller som nevnt i artikkel 2 (2) (a) og (b).

Det må imidlertid påpekes at visse bestemmelser i direktivet er gjort preseptoriske gjennom artikkel 4 (4). Det er altså ingen adgang til å fravike artikkel 8 (4) og (5) (maktbruk), artikkel 9 (2) (a) (utsatt uttransportering), artikkel 14 (1) (b) og (d) (garantier i påvente av en retur) og artikkel 16 og 17 (forhold under fengsling), selv om persongruppen som skal returneres faller utenfor direktivets anvendelsesområde.

Som det fremgår av proposisjonens lovforslag vil det i enkelte tilfeller gjøres eksplisitte unntak for persongruppen som faller inn under artikkel 2. Dette gjelder eksempelvis ved retten til en frivillig retur i medhold av utlendingsloven § 90 sjette ledd og for begrensningen på 18 måneder ved fengsling i medhold av utlendingsloven § 106.

### 4.3 Definisjoner – Artikkel 3

#### 4.3.1 Direktivet

Artikkel 3 definerer sentrale begreper i direktivet. Her i proposisjonen foretas det ikke en fullstendig gjengivelse og vurdering av de ulike begreper, men enkelte begreper krever en nærmere omtale.

Når direktivet benytter *medlemsstater*, omfatter dette de landene som deltar i Schengen-samarbeidet.<sup>7</sup>

Direktivets bestemmelser gjelder kun *tredjelandsborgere*. Det vil si utlendinger som ikke er

EU-borgere eller som ikke har rett til fri bevegelse i henhold til fellesskapsretten.<sup>8</sup> Den norske utlendingsloven benytter «utlending» som terminologi. En «utlending» er enhver som ikke er norsk statsborger, jf. utlendingsloven § 5 første ledd. Kapittel 13 i utlendingsloven har særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS- og EFTA-avtalene.

*Ulovlig opphold* er definert som tilstedeværelsen på en medlemsstats territorium av en tredjelandsborger som ikke, eller ikke lenger, oppfyller vilkårene for innreise som fastsatt i artikkel 5 i grenseforordningen, eller andre vilkår for innreise eller opphold i vedkommende medlemsstat. Det er således overlatt et vidt handlingsrom for medlemsstatene til å avgjøre selv hva som skal anses å være et lovlig opphold.

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

*Unndragelsesfare* omtales i artikkel 3 (7) og det vises til objektive kriterier fastlagt ved lov. Unndragelsesfare berører flere sentrale områder av direktivets bestemmelser og oppstilles som et sentralt vilkår i forbindelse med frivillig retur, tvangsmessig retur, utvisning og fengsling. Direktivet stiller med andre ord et krav om å lovfeste hva som utgjør unndragelsesfare i nasjonal lovgivning.

#### 4.3.2 Høringsnotatet

I høringsnotatet foreslo departementet at «fare for unndragelse» skulle presiseres nærmere i en ny § 106 a i utlendingsloven. For å avgjøre om det foreligger unndragelsesfare ble det foreslått at det skal foretas en konkret totalvurdering og det ble angitt relevante forhold ved utlendingen som det kan legges vekt på.

<sup>7</sup> Schengen-landene omfatter nå 26 land. Av EU-landene er ikke Irland, Storbritannia, Bulgaria, Romania og Kypros med. Storbritannia og Irland kan imidlertid velge om de vil gjennomføre returdirektivet i sin interne rett. Danmark som deltar i Schengen-samarbeidet foretar en selvstendig vurdering. Norge, Island, Liechtenstein og Sveits deltar i Schengen-samarbeidet (assosierte land), men er ikke EU-medlemmer.

<sup>8</sup> Se nærmere definisjon av hvem som omfattes av retten til fri bevegelse i grenseforordningen artikkel 2 (5).

### 4.3.3 Høringsinstansenes syn

*Oslo politidistrikt, PU, Advokatforeningen og POD* er positive til at det inntas en nærmere definisjon av unndragelsesfare i utlendingsloven. Oslo politidistrikt, med støtte fra POD, foreslår også at personlige forhold for utlendingen om tilknytning til Norge, burde nevnes i oppregningen:

«I forslaget oppstilles det en rekke vurderingskriterier og det påpekes at det skal foretas en totalvurdering. Den foreslåtte definisjonen vil dermed ikke være uttømmende. Oslo politidistrikt støtter et slikt forslag, men kunne tenke seg at personlige forhold hos utlendingen burde nevnes i oppregningen. Dette kan for eksempel være barn/kone i riket kontra barn/kone i hjemlandet, tilnytning til riket med mer. Det er selvsagt at for eksempel en utlending som tidligere er utvist fra riket (og gjerne brutt innreiseforbudet), eller uttrykkelig har uttalt at vedkommende ikke akter å forlate landet frivillig, omfattes av bestemmelsen. Det er imidlertid mer usikkert om for eksempel en vinningskriminell, uten tilknytning til Norge, med familie i hjemlandet og som har vært samarbeidsvillig, vil unndra seg iverksetting.»

*PU* foreslår å plassere bestemmelsen om unndragelsesfare i lovens § 99 tredje ledd eller som ny § 99 a. Begrunnelsen er at unndragelsesfare er et sentralt vilkår for en rekke tvangsmidler i utlendingsloven kapittel 12 og ikke bare ved fengsling, utvisning og frivillig retur.

*NOAS og Amnesty* støtter i utgangspunktet forslaget om en nærmere definisjon av fare for unndragelse, men er kritiske til utformingen som de mener kan bli for vid. Særlig skeptiske er de til forslaget til bokstav b (uttrykkelig motsatt seg å forlate riket frivillig) og g (gitt uriktige opplysninger). De påpeker at det ligger i sakens natur at en som søker asyl er av den oppfatning at en retur vil utgjøre en fare for deres liv og helse og mange søkere vil således kunne uttale at det er helt utenkelig å returnere til hjemlandet. Videre kan de ikke se at det forhold at utlendingen har gitt uriktige opplysninger på søknadstidspunktet i seg selv tilsier at det kan foreligge unndragelsesfare. Endelig anfører *NOAS* at det ikke uten videre kan antas at det foreligger en unndragelsesfare ved uttransporteringer i medhold av Dublin II-forordningen.

*Advokatforeningen* er også skeptisk til at enkelte av grunnlagene alene skal kunne være tilstrekkelig for å konstatere unndragelsesfare:

«Slik forslaget til ny § 106a er skissert, er Advokatforeningen skeptisk til at noen av disse momentene alene skal kunne danne grunnlag for å konkludere med unndragelsesfare. Dette gjelder f.eks. forslag til ny § 106a, bokstav b) «*utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig*». I asylsaker er det ikke helt uvanlig at søkeren under intervjuet vil understreke at han eller hun ikke kan reise tilbake til sitt hjemland. Om dette senere skal brukes mot utlendingen i relasjon til vurdering av unndragelsesfare, vil ordningen med frivillig retur få liten betydning. Advokatforeningen går derfor ikke ut i fra at det er opplysninger gitt i asylintervju som skal danne grunnlag for vurderingen, men hva som eventuelt måtte komme frem senere på et tidspunkt hvor utlendingen faktisk har ulovlig opphold.»

### 4.3.4 Departementets vurdering

#### *Tredjelandsborger*

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

I proposisjonen benyttes begrepene tredjelandsborger og utlending om hverandre.

#### *Fare for unndragelse*

Departementet fastholder at direktivet stiller krav til en nærmere lovfesting av hva som utgjør unndragelsesfare i relasjon til direktivets bestemmelser. Det foreslås derfor en bestemmelse som presiserer det nærmere innholdet av begrepet.

Hensynet til legalitetsprinsippet kan også tale for at unndragelsesfare defineres nærmere i lovs form. Returdirektivet medvirker til, dersom unndragelsesfare konstateres, at en utlending på nærmere bestemte vilkår både kan frihetsberøves og utvises. Ved unndragelsesfare kan i tillegg en peri-



ode for frivillig retur nektes og politiet kan foreta en uttransport. Frihetsberøvelse er det mest inngripende virkemiddel en stat kan iverksette mot et enkeltindivid og utvisning er forvaltningens sterkeste reaksjonsmulighet overfor en utlending. Departementet understreker derfor behovet for klare og forutsigbare regler.

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

Direktivet regulerer unndragelsesfare i relasjon til fengsling, utvisning og frivillig retur. Utlendingsloven opererer med fare for unndragelse også ved undersøkelser etter § 103 første ledd bokstav c, beslag etter 104 annet ledd og ved illeggelse av meldeplikt etter § 105 første ledd bokstav b. Når det ved gjennomføringen av direktivet nå innføres en nærmere presisering av fare for unndragelse, vil det samtidig være hensiktsmessig å la definisjonen få et videre anvendelsesområde enn hva direktivet i snever forstand tilsier. Dette innebærer at de vurderinger som knytter seg til unndragelsesfare ved bruk av et tvangsmiddel i utlendingslovens kapittel 12, må ta utgangspunkt i den nye bestemmelsen om fare for unndragelse.

Departementet foreslår å opprette en ny § 106 a hvor unndragelsesfare presiseres nærmere. Det er naturlig å plassere definisjonen i forbindelse med fengslingsbestemmelsen i utlendingsloven § 106. I tillegg til å være det mest inngripende, er fengsling også det tvangsmiddelet som anvendes hyppigst. Bestemmelsen vil ikke bare gjelde ved bruk av tvangsmidler, men også ved vurderingen av utvisning etter forslag til ny § 66 annet ledd og ved vurderingen av perioden for frivillig retur i medhold av forslag til ny § 90 sjettede ledd. Det vil inntas en henvisning til § 106 a i disse bestemmelsene. I tillegg vil det være en henvisning til ny § 106 a fra § 103 første ledd bokstav c om undersøkelser, § 104 annet ledd om beslag, § 105 første ledd bokstav b om meldeplikt og § 106 første ledd bokstav b.

En nærmere presisering av unndragelsesfare i utlendingsloven, basert på returdirektivets be-

stemmelser, bør etter departementets oppfatning inneholde flere elementer. Bestemmelsen må inneholde et krav om at unndragelsesfaren må baseres på personlige og objektivt konstaterbare forhold hos utlendingen i hver enkelt sak. Dette kan være at utlendingen ikke har overholdt en frist for frivillig utreise, eller ikke forlatt Schengen-territoriet etter et avslag i et annet land. Det kan videre omfatte tilfeller hvor en utlending ikke har meldt adresseendring til politiet eller hvor han selv uttrykker en motvilje mot å reise frivillig.

Departementet foreslår at følgende momenter skal være sentrale i vurderingen av unndragelsesfare:

- utlendingen har unndratt seg iverksetting av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, herunder ikke overholdt en utreisefrist,
- utlendingen har uttrykkelig motsatt seg å forlate riket frivillig,
- utlendingen er utvist fra riket,
- utlendingen er ilagt straff eller særreaksjon i riket,
- utlendingen har vist manglende samarbeid ved identitetsvil,
- utlendingen unngår eller vanskeliggjør forberedelsen til en utsendelse,
- utlendingen har gitt uriktige opplysninger til norske myndigheter ved søknad om tillatelse,
- utlendingen har unnlatt å gi melding om endring av bopel, jf. § 19 annet ledd,
- utlendingen er ansvarlig for alvorlige ordensforstyrrelser ved innkvarteringssted for asylsøkere mv. jf. § 95 første og annet ledd, eller
- utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Eksemplene på momenter i vurderingen av unndragelsesfare i forslaget til ny § 106 a er ikke uttømmende. Momentene kan alene, eller samlet, utgjøre en fare for unndragelse, men også andre forhold kan ha betydning for vurderingen. Det sentrale er om det foreligger forhold i det konkrete tilfellet som samlet sett kan anses å utgjøre en fare for unndragelse. Det presiseres derfor i lovbestemmelsen at det skal foretas en totalvurdering. Eksempelvis vil det forhold at en utlending er utvist, ikke alene være tilstrekkelig for å konstatere unndragelsesfare, dersom han bor på kjent adresse og det ellers ikke er forhold som taler for at vedkommende vil unndra seg. På den annen side vil et tilfelle hvor en utlending er varig utvist fra Schengen-territoriet, og hvor han selv uttrykker at han ikke vil reise frivillig, medføre at unndragelsesfare kan konstateres. PU slutter seg til

de momentene som er nevnt i bestemmelsen og påpeker at det er forhold som også i praksis tillegges størst vekt.

Når det gjelder utlendinger som er ilagt straff eller særreaksjon i riket, vil det forhold at utlendingen har begått kriminalitet, også svekke tilliten til at utlendingen vil overholde en gitt utreisefrist. Det må likevel presiseres at det må foretas en helhetsvurdering hvor det straffbare forholdets art må hensyntas. Det vil for eksempel være av liten betydning om utlendingen er straffet for en mindre fartsovertredelse, mens det vil være mer tungtveiende om utlendingen har begått vinningskriminalitet.

På bakgrunn av hendelser sommeren 2010, med flere tilfeller av brann, branntilløp, bråk og uroligheter på flere ventemottak/mottak har departementet kommet til at det også bør inntas som moment i opplistingen om en utlending er «ansvarlig for alvorlige ordensforstyrrelser ved innkvarteringssted for asylsøkere mv., jf. § 95 første og annet ledd.» Departementet viser til at utlendinger som forårsaker bråk og uroligheter av et visst omfang på mottak, gjennom sin adferd må kunne anses å ha vist at de er lite samarbeidsvillige overfor utlendingsmyndighetene, og at dette kan tilsi fare for at de også vil unndra seg gjennomføring av en tvungen uttransport. Hva som ligger i formuleringen «er ansvarlig for alvorlige ordensforstyrrelser», må avgjøres konkret. Det må imidlertid være tale om forhold som alene eller som følge av gjentakelse, har et visst alvor. Politidistrikt og påtalemyndighet har ansvaret for å forfølge straffbare handlinger, men det vil ikke være noe vilkår at forholdet har gitt grunnlag for tiltale eller straff. Forholdet må imidlertid være sannsynliggjort. Det vil i denne forbindelse være aktuelt å se hen til om det for eksempel foreligger anmeldelser eller rapporter fra innkvarteringsstedet om at vedkommende har vært involvert i tilfeller av hærverk, bruk av vold, trusler eller trakassering rettet mot beboere, eller om vedkommende for øvrig har vært involvert i konflikter med ansatte eller beboere som har skapt alvorlige ordensforstyrrelser. Når det gjelder henvisningen til § 95 annet ledd, er denne inntatt for å sikre at de som bor på innkvarteringssted for personer som har fått avslag på asylsøknad også omfattes av bestemmelsen.

Oslo politidistrikt foreslår å tilføye personlige forhold som et eget moment i opplistingen. Departementet støtter ikke et slikt forslag. Hva som skal anses for å være personlige forhold i denne sammenheng, vil være vanskelig å avgrense. Et slikt vidt begrep vil også kunne støte an mot direkti-

vets krav om å oppstille objektive kriterier. Uansett gir ikke bestemmelsen en uttømmende opplisting slik at personlige forhold som peker i retning av at utlendingen vil unndra seg, fortsatt kan være relevante og viktige momenter i helhetsvurderingen.

Når det gjelder anførselene fra Amnesty og NOAS hvor de er særlig skeptiske til bokstav b og g, vil departementet vise til at det sentrale ved bestemmelsen er å foreta en helhetsvurdering knyttet til utlendingens situasjon. Departementet fastholder at de opplistede momenter *kan* være relevante momenter ved helhetsvurdering av fare for unndragelse.

## 4.4 Forrangsbestemmelser – Artikkel 4

### 4.4.1 Direktivet

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

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

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

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

### 4.4.2 Departementets vurdering

Departementet foreslår, som nevnt ovenfor, å benytte muligheten til å avgrense rekkevidden av direktivet i medhold av artikkel 2 (2) (a). Som en konsekvens kommer forrangbestemmelsen i artikkel 4 (4) til anvendelse. De preseptoriske bestemmelsene som nevnes, omtales nærmere under den enkelte artikkel nedenfor.

Det går derfor ikke nærmere inn på disse her. For øvrig anser departementet at artikkel 4 ikke foranlediger behov for endringer i norsk rett.

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

---

### **4.5.1 Direktivet**

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

### **4.5.2 Gjeldende rett**

Gjennom menneskerettsloven er barnekonvensjonen, og dermed barnekonvensjonens bestemmelse om at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn, gjort til norsk lov. Dette prinsipp trenger således ikke nedfelles særskilt i tilknytning til gjennomføringen av returdirektivet. På samme måte er Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven, slik at hensynet til å respektere familiens enhet, allerede er et lovfestet prinsipp. Prinsippet om vernet mot retur (non-refoulement) er ivaretatt gjennom reglene i utlendingsloven kapittel 4 og 9. For øvrig er også non-refoulement bestemmelsene i EMK og FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven. Når det gjelder helse generelt, har alle som oppholder seg i Norge krav på øyeblikkelig hjelp, samt annen helsehjelp som ikke kan vente.

### **4.5.3 Departementets høringsnotat**

Departementet konkluderte med at artikkel 5 ikke krever endringer i norsk lov.

### **4.5.4 Høringsinstansenes syn**

*UDI* og *Norsk psykologforening* deler departementets synspunkter om at artikkel 5 ikke gjør det nødvendig med endringer i norsk lov.

### **4.5.5 Departementets vurdering**

Norge har implementert barnekonvensjonen, EMK og returvernet som følger av artikkel 33 i flyktningkonvensjonen.

Departementet kan ikke se at direktivets bestemmelse nødvendiggjør endring i norsk lov, da disse rettighetene som nevnt allerede er tilfredsstillende ivaretatt. Departementet er av den oppfatning at det er en styrke ved direktivet at sentrale menneskerettigheter fremheves i forhold til gjennomføring av direktivet. Når det gjelder retten til helsehjelp i medhold av direktivet, jf. også artikkel 14 (1) og 16 (3), anser departementet at direktivets bestemmelser allerede er tilfredsstillende ivaretatt i norsk rett. Helse- og omsorgsdepartementet arbeider for tiden med en klargjøring av regelverket om rett til helsehjelp for personer som oppholder seg ulovlig i landet. Returdirektivets bestemmelser vil bli spilt inn i forbindelse med dette arbeidet.

## 5 Gjennomføring av direktivets regel om et særskilt returvedtak – Artikkel 6

### 5.1 Direktivet

---

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

Direktivet definerer returvedtak i artikkel 3 (4). Et returvedtak skal slå fast at tredjelandsborgeren oppholder seg ulovlig på territoriet og at vedkommende har en plikt til å returnere. Formkrav og rettsmidler i forbindelse med et returvedtak er nærmere omtalt nedenfor i forbindelse med artikkel 12 og 13, se kapittel 10.

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

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

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

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

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

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

### 5.2 Gjeldende rett

---

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

Etter dagens norske praksis anses altså et returvedtak å være fattet gjennom avslaget på en ordinær søknad om tillatelse (asyl, opphold på humanitært grunnlag, arbeidstillatelse etc.), som en stadfesting av at vedkommende ikke har en tillatelse og at det foreligger en plikt til å forlate riket. Ut over dette vil et returvedtak truffet av norske myndigheter etter dagens regelverk, komme til uttrykk gjennom et bortvisnings- eller utvisningsvedtak.

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

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

### 5.3 Departementets høringsnotat

---

I høringsnotatet konkluderte departementet med at direktivet artikkel 6 ikke krever endringer i norsk rett. Samtidig ble viktigheten av artikkel 6 påpekt, ved at sentrale deler av direktivet bygger direkte på returvedtaket. Det ble her vist til at perioden for frivillig retur kan fremgå av returvedtaket. Dersom perioden for frivillig retur ikke overholdes kan utlendingen utvises, og i enkelte

tilfeller også fengsles. Videre er rettssikkerhetsgarantier og saksbehandlingsreglene knyttet opp til returvedtaket. Endelig foreslo departementet å benytte den adgang artikkel 6 (6) åpner for, ved å fatte returvedtak i samme vedtak som avslaget på en søknad om oppholdstillatelse.

#### 5.4 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* støtter departementets vurdering og konklusjon, om at det ikke er nødvendig med endringer i utlendingsloven som følge av artikkel 6.

*UDI* påpeker:

«Sett hen til rettsikkerhetskonsynene som ligger bak direktivets krav om egne vedtak for retur og for uttransportering, kan imidlertid begrepene sees som andre betegnelser på rettsakter som allerede er i norsk rett.»

*Utenriksdepartementet* og *PU* er enige i at returvedtak kan fattes samtidig som det gis avslag på søknad om tillatelse etter loven. *PU* fremhever at dette er positivt slik at det ikke må fattes to ulike vedtak med dobbelt klagespor.

*UDI* stiller seg bak departementets vurdering av at direktivet artikkel 6 (6) åpner for å fatte et returvedtak i samme vedtak som en søknad om oppholdstillatelse avslås, og at dette er viktig for å unngå unødige ledd i saksbehandlingen. En slik løsning vil ikke ha noen negative konsekvenser for søkerens rettssikkerhet, da kravene i direktivet til begrunnelse, klageadgang og så videre, uansett blir ivaretatt.

#### 5.5 Departementets vurdering

##### *Artikkel 6 (1) – Returvedtak*

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

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

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

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

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

I tillegg inneholder Schengen-konvensjonen artikkel 23 en skal-regel i forbindelse med bortvisning. Direktivet artikkel 6 (1) er imidlertid en noe annen og mer forpliktende regel enn den eksisterende bestemmelse i Schengen-konvensjonen artikkel 23 (3), som viser til «vilkårene i vedkommende konvensjonsparts nasjonale lovgivning». Returdirektivet erstatter Schengen-konvensjonen artikkel 23 i sin helhet, jf. direktivet artikkel 21.

Spørsmålet blir etter dette om direktivet krever at det innføres en skal-bestemmelse i forbindelse med bortvisning i norsk rett. Bakgrunnen for at det norske regelverket er utformet med en kan-bestemmelse er blant annet at selv hvor en innreise i utgangspunktet er ulovlig kan bortvisning unnlates hvor utlendingen fremmer en søknad om tillatelse som gjør at oppholdet blir lovlig.

En videreføring av kan-skjønn vil måtte innebære at skjønnets begrensning i tråd med direktivets unntaksbestemmelse. Utgangspunktet vil således være at forvaltningen skal fatte bortvisningsvedtak når vilkårene for det er til stede, med mindre unntaksbestemmelsene i artikkel 6 (4) eller (5) er til stede.

Departementet foreslår å videreføre dagens ordning med fakultative bortvisningsregler. Departementet anser at det overordnede norske vedtakssystemet vil ivareta direktivets krav til å fatte returvedtak etter artikkel 6 (1). Det norske regelverket innebærer at et (retur)vedtak skal gis når det er klart at en oppholdstillatelse eller en annen rett til opphold i Norge ikke gis. I så henseende vil det norske regelverket være i tråd med direktivet. Videre har heller ikke politiet adgang til å uttransportere utlendinger uten et forutgående negativt vedtak med det materielle innholdet til et returvedtak. For utlendingen er således direktivets sentrale krav om at det *skal* fattes et returvedtak i forkant av en uttransportering ivaretatt. Likeledes er formålet med bestemmelsen, nemlig å skape rettssikkerhet og forutberegnelighet ved retur, også ivaretatt i norsk rett.

Videre er det klare utgangspunktet etter norsk utlendingsrett at dersom det oppdages en tredjelandsborger uten lovlig opphold, skal vedkommende enten bortvises eller utvises fra riket. Dette er politiets oppgave. Det følger av utlendingsloven § 21 at politiet ved utføringen av den alminnelige utlendingskontrollen kan bringe lovligheten av utlendingens opphold i riket på det rene. Dersom politiet da oppdager at en utlending ikke har lovlig opphold i riket, er det politiets oppgave å iverksette sak om for bortvisning eller utvisning. Alternativet er å gi vedkommende en tillatelse til

opphold i Norge, som også er i samsvar med unntakene som returdirektivet opererer med.

Endelig kan det vises til at det svenske regelverket om avvisning og bortvisning i denne sammenheng, også er fakultativt. I forbindelse med gjennomføringen av returdirektivet foreslår heller ikke svenskene en endring til en lovbunden skal-regel i forbindelse med deres bortvisning/avvisning. Sverige foreslår riktignok, som Norge, at det innføres en skal-regel i forbindelse med innreiseforbud (utvisning).

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

#### *Artikkel 6 (2) – Tillatelse i en annen medlemsstat*

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

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

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

Schengen-konvensjonen artikkel 23 og 24 (herunder artikkel 23 (2)) har i lengre tid vært en del av norsk rett. Da direktivet artikkel 6 (2) er pa-

rallell til denne, og direktivet skal tre i stedet for Schengen-konvensjonen artikkel 23 og 24, er departementet av den oppfatning at artikkel 6 (2) ikke foranlediger noen endring i norsk utlendingslovgivning.

#### *Artikkel 6 (3) – Bilaterale avtaler*

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

#### *Artikkel 6 (4) og (5) – Tillatelse og sak til behandling*

Departementet vurderer det dit hen at direktivet artikkel 6 (4) og 6 (5) ikke krever endringer i norsk rett. Artikkel 6 (4) åpner kun for at medlemsstatene kan gi en oppholdstillatelse til tredjelandborgere som oppholder seg ulovlig. Artikkel 6 (5) oppstiller kun en vurderingsplikt av om et returvedtak skal fattes dersom vedkommende har en sak til behandling. Bestemmelsene foranlediger derfor heller ikke noen lovendring.

#### *Artikkel 6 (6) – Tidspunktet for når et returvedtak kan fattes*

Artikkel 6 (6) åpner for at myndighetene kan fatte et returvedtak i samme vedtak som avslaget på en søknad om oppholdstillatelse. Norge kan dermed videreføre ordningen med å fastsette utreisefrist samtidig med at vedtak om avslag på en søknad om oppholdstillatelse fattes. Dersom en tredjelandsborger får avslag på en søknad om tillatelse,

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

#### *Konklusjon*

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

## 6 Gjennomføring av direktivets regel om frivillig retur – Artikkel 7

### 6.1 Direktivet

---

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

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

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

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

### 6.2 Gjeldende rett

---

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

Første til femte ledd regulerer når vedtakene kan iverksettes i relasjon til selve søknadsbehandlingen. Det vil si om et vedtak av underinstansen kan iverksettes straks, eller først når det er ende-

lig avgjort av klageinstansen. Sjetten ledd omtaler prosessen når utlendingen faktisk må reise.

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

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

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

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

### 6.3 Departementets høringsnotat

---

Departementet foreslo en endring av utlendingsloven § 90, slik at retten til en periode for frivillig utreise tydeliggjøres. Perioden for frivillig retur skal i utgangspunktet settes til mellom 7 og 30 dager, men kan forlenges om nødvendig.

Forslaget åpnet videre for å unnlate å gi en frist for frivillig retur dersom det er fare for unndragelse, eller en søknad er avslått som åpenbar grunnløs, eller hvor utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Direktivet benytter også begrepet «falsk» som eget unntaksvilkår, som departementet foreslo å ikke overføre til utlendingsloven.



Det ble videre drøftet hvorvidt direktivet oppstiller en klagerett på beslutninger som omhandler frivillig retur. Departementet konkluderte med at det ikke kan utledes en slik rett av direktivet.

Endelig ble det foreslått at politiet gis adgang til å føre utlendingen ut dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt.

#### 6.4 Høringsinstansenes syn

*POD* er positiv til at det gis mulighet for en praktisk utreisefrist som i enkelttilfeller kan være opp til 30 dager eller forlenges ytterligere i særtilfeller, som kan bidra til økt frivillig retur. *POD* og *Oslo politidistrikt* mener at lovgiver bør ta stilling til kriterier som skal vektlegges ved fastsettelse av utreisefrist og at det oppstilles en øvre grense for når det ikke lenger er snakk om en frist, men et midlertidig opphold. *Oslo politidistrikt* uttaler at de i all hovedsak er positive til at retten til frivillig utreise tydeliggjøres, men de mener en utvidelse av fristen kan vanskeliggjøre politiets utreisekontroll ved at utlendingens handlingsrom økes. Dette kan igjen øke muligheten for at utreise for eksempel kan trenes. *Oslo politidistrikt* mener at 30 dagers utreisefrist – og at fristen kan forlenges ytterligere – muligens er for lang.

*Amnesty*, *Den norske kirke*, *Barneombudet* og *Norsk folkehjelp* mener alle at perioden for frivillig retur er satt for kort. En øvre grense på 30 dager vil i mange sammenhenger være for kort tid til å sikre en ordnet avrundning av oppholdet. I forlengelsen av dette, argumenterer *Amnesty*, *Norsk folkehjelp*, *Den norske kirke* og *Advokatforeningen* med at praktiseringen av å forlenge en periode for frivillig retur ikke bør være streng. I særdeleshet må dette gjelde i saker hvor barn er involvert. *UNHCR* foreslår at en forlengelse *skal* skje dersom det anses nødvendig, og ikke *kan* som i departementets forslag. *PU* anfører på sin side at forvaltningspraksis bør være streng med hensyn til å gi en utvidet eller ny periode for frivillig retur.

I tillegg tar *Amnesty* og *Den norske kirke* begge til orde for å begrense unntakene for når det kan unnlates å gi en periode for frivillig retur. Særlig gjelder det i de tilfellene hvor søknaden er vurdert som åpenbart grunnløs.

*Advokatforeningen* mener UDI og UNE ikke bør overlates en kompetanse til å vurdere unndragelsesfare i forbindelse med avslagsvedtaket. *Amnesty* og *NOAS* på sin side mener at politiet ikke kan overprøve et vedtak fra UDI eller UNE som slår fast at det ikke foreligger en unndragelsesfare.

*UNE* anfører følgende i forbindelse med vurderingen av unndragelsesfare:

«*UNE* mener at det vil være i overensstemmelse med gjeldende kompetanseforhold om politiet kan benytte tvangsmidler før en utreisefrist satt av UDI eller *UNE* er utløpt, forutsatt at vilkårene for tvangsmiddelbruken er oppfylt, eksempelvis unndragelsesfare. Selv om UDI/*UNE* har vurdert spørsmålet om unndragelsesfare da utreisefristen ble satt, er vi enig med departementet i at returdirektivet ikke er til hinder for at politiet fortsatt kan gis kompetanse til å beslutte tvangsmiddelbruk. Vi legger til grunn at direktivet ikke innebærer at UDI og *UNE* må innhente informasjon fra politiet om ev. unndragelsesfare før utreisefristen settes. Så vel UDI som *UNE* kan dermed ha (hatt) et dårligere erfarings- og informasjonsgrunnlag enn politiet mht. å vurdere unndragelsesfare. Videre kan en sak endre karakter i ettertid. Politiets kompetanse vil også gjelde det motsatte tilfellet; selv om UDI eller *UNE* unnlater å sette utreisefrist, må det være opp til politiet å vurdere om vilkårene for bruk av tvangsmidler er oppfylt og når disse eventuelt skal iverksettes, eventuelt gjennom å søke en beslutning av retten.»

*UDI* anfører på sin side:

«*UDI* mener at det er viktig å unngå en praksis med omfattende «overprøving» av UDIs eller Utlendingsnemndas (*UNE*) innvilgelse av periode for frivillig retur. Kompetansen til å vurdere unndragelsesfare blir med returdirektivet gitt det organet som har søknad til behandling. Hovedregelen må derfor være at en eventuell tilbaketrekking av slik periode gjøres av samme organ. Utarbeidelse av felles retningslinjer slik at praksis blir mest mulig lik, kan være med på å sikre at overprøving ikke skjer på grunn av ulik forståelse av når det foreligger unndragelsesfare. De retningslinjene politiet har i dag for å vurdere når en person skal uttransporteres (G-2000-035), er etter det *UDI* kjenner til under revisjon.»

*UDI* uttaler i forbindelse med gjennomføringen av direktivet artikkel 7 (4) at meningsinnholdet i «falsk» og «åpenbart grunnløs» kan være svært forskjellig slik at det bør vurderes å differensiere nærmere i bestemmelsen. *Amnesty* er derimot enig i at «falsk» ikke bør omfattes av unntakene som kan begrunne en nektelse av en periode for frivillig retur.

UDI mener at også henvisning til utenrikspolitiske hensyn bør tas inn i nytt sjette ledd, for å harmonisere med dagens femte ledd.

UDI uttaler videre:

«Vi savner en presisering av utreisefristens løpetidspunkt. Det naturlige utgangspunkt bør være den alminnelige forvaltningsrettslige regelen om at frister løper fra det tidspunktet søkeren blir gjort kjent med vedtaket, se for eksempel forvaltningsloven § 29. [...]

UDI mener det vil være hensiktsmessig å forlenge periode for frivillig retur i de tilfeller hvor en person har søkt om frivillig retur med det frivillige returprogrammet. Det må sikres gode rapporteringsrutiner i samarbeid med leverandør av det frivillige returprogrammet, for å avdekke eventuell trenering/manglende samarbeidsvilje. [...]

UDI er enig i at begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» dekker direktivets begreper «nasjonal sikkerhet» og «offentlig sikkerhet», og begrepet «offentlig orden» faller utenfor. [...]

Overføring til andre Dublin-land og andre utsendelser innenfor Schengen-territoriet faller utenfor returdirektivets anvendelsesområde, jf. definisjonen av retur i artikkel 3 (3).

Vi er derfor enig i at det bør inntas i ny § 90 sjette ledd at det kan unnlates å sette en periode for frivillig retur når utlendingen omfattes av Dublin-regelverket. Politiet vil da kunne iverksette vedtaket ved første anledning. Selv om denne unntaksregelen blir en kan-regel, vil det etter vårt syn være hovedregelen i Dublin-saker at det ikke gis en periode for frivillig retur. .... Informasjon innhentet av UDI i januar 2010 om andre europeiske lands praksis på området, viser at mange andre europeiske land tillater personer omfattet av Dublin å returnere frivillig, så lenge returen skjer innen tidsfristen i henhold til Dublin-prosedyren.

Slik departementets lovendringsforslag er utformet, mener vi det vil være anledning til dette. Skal-regelen om utvisning gjelder ikke for Dublin-saker, og returdirektivet medfører heller ikke noe hinder for å returnere frivillig til hjemlandet i Dublin-saker.»

UNE påpeker følgende:

«Vi viser til at utreisefristen ikke regnes som en del av vedtaket og at iverksettelsesfasen for øvrig vil bli håndtert av politiet. Iverksettelsesprosessen kan bli mer byråkratisk og ta lengre tid dersom både vedtaksmyndigheten og politiet skal involveres. [...] Departementet skriver videre at fristen skal forelenges når det er nødvendig i særlige tilfel-

ler, og at det skal foretas en individuell vurdering hvor forhold som bl.a. «barn i skole» skal ses hen til, jf. høringsbrevet s. 24 og 26. Selv om direktivets artikkel 7 pkt. 2 anviser at man skal ta hensyn til «...the length of the stay, the existence of children attending school and the existence of other family and social links.», vil vi understreke at de nevnte omstendigheter i varierende grad vil gjøre seg gjeldende i et stort antall saker. Vi antar at det ikke er meningen at alle barnefamilier skal få bli i Norge inntil et skoleår er avsluttet, men at de nevnte tilknytningspunkter bør tas hensyn til med sikte på en utreisefrist som muliggjør en ordnet avrundning av oppholdet, hvilket etter gjeldende praksis for fastsettelse av utreisefrist normalt forutsettes iver tatt ved en frist innenfor direktivets hovedregel om inntil 30 dager, jf. artikkel 7 pkt. 1. Hvis direktivet innebærer at fristen i flere tilfeller enn i dag bør settes utover 30 dager, bør dette tydeliggjøres ved endringer i det norske regelverket.»

NOAS og UNHCR påpeker at direktivet i artikkel 7 (2) krever at en medlemsstat når det er nødvendig skal forlenge perioden for frivillig utreise. De foreslår derfor at det inntas en skal-bestemmelse i motsetning til høringsforslagets kan-bestemmelse i ny § 90 sjette ledd.

PU uttaler med støtte fra POD:

«Når det gjelder forslaget til § 90 sjette og sjuende ledd, mener vi at utlendingens plikt til å returnere frivillig må komme klarere frem også når det ikke gis en periode for frivillig retur. Selv om norske myndigheter er forpliktet til å sørge for nødvendige tiltak for å iverksette et returvedtak når det ikke gis en periode for frivillig retur, bør det etter vår mening fortsatt kunne presiseres i utlendingsloven at utlendingen primært plikter å returnere frivillig.

Oslo politidistrikt uttaler med støtte fra POD:

«Forslag til ny § 90 sjuende ledd hjemler en adgang for politiet til å føre utlendingen ut av landet, under forutsetning av at utreisefrist er oversittet eller der frist ikke er satt. Vi ser imidlertid behov for å ha en hjemmel til å iverksette straks der det foreligger unndragelsesfare. Dette gjelder også der utlendingen har fått en frist av utlendingsmyndighetene, som foreløpig ikke er utløpt. På side 30 i høringsuttalelsen foreslår departementet å videreføre dagens ordning. Det foreslås at politiet skal ha kompetanse til å iverksette vedtak, dersom det oppstår en fare for unndragelse i henhold til ny § 106 a. Begrunnelsen er at politiet har lang

erfaring med å vurdere unndragelsesfare. Dette utspillet er godt, men det bør komme klarere fram av ordlyden.»

Når det gjelder en eventuell klageadgang på beslutninger om frivillig retur, er *UDI* enig i at nekt av, eller en kort periode for, frivillig retur må anses å være en beslutning som er prosessledende, og som dermed ikke kan påklages.

## 6.5 Departementets vurdering

### *Frivillig retur*

En viktig del av rettighetsperspektivet i direktivet sikres ved at utlendinger uten lovlig opphold skal innrømmes en periode for frivillig retur. Retur av utlendinger basert på frivillighet vil både være fordelaktig for utlendingen og mindre byrdefullt for utlendingsmyndighetene. Departementet mener derfor at det er positivt med det klare fokuset på frivillig retur i direktivet. Tall fra 2009 viser at 1019 personer reiste frivillig fra Norge i samarbeid med Den internasjonale migrasjonsorganisasjonen (IOM). De som returnerer frivillig får reisen betalt, samtidig som IOM bistår med praktisk hjelp før og etter hjemreise.

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

Departementet foreslår på bakgrunn av dette å endre § 90 sjette ledd, slik at direktivets hovedregel kommer bedre til uttrykk. Det foreslås en bestemmelse hvor det slås fast at vedtak som kan iverksettes skal pålegge utlendingen å reise innen en fastsatt frist. Fristen skal være på mellom 7 og 30 dager. Den videre praktisering innenfor denne rammen, går ikke departementet inn på i denne sammenheng. Flere av høringsinstansene har påpekt at selv 30 dager vil innebære en for kort frist. Til dette vil departementet påpeke at tidsrammen på 7 til 30 dager er hovedregelen i direktivet artik-

kel 7 (1). Eventuelle unntak fra hovedregelen må begrunnes i artikkel 7 (2) eller 7 (4).

I tråd med artikkel 7 (2), foreslår departementet at fristen kan utvides når det er nødvendig, se nedenfor under forlengelsen av en periode for frivillig retur.

Lovforslaget åpner også for å unnlate å gi en frist for frivillig retur dersom det er fare for unndragelse, eller en søknad er avslått som åpenbar grunnløs, eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, eller hvor utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser, jf. artikkel 7 (4). Endelig foreslås det at politiet gis adgang til å føre utlendingen ut dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt.

Forslaget vil innebære at annet punktum i utlendingsloven § 90 sjette ledd om at utlendingen plikter å forlate riket innen 3 uker dersom ingen frist er fastsatt strykes.

Departementet foreslår også i nytt niende ledd at Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om fastsettelse av frist for frivillig retur. Som følge av at ordningen med frivillig retur nå endres, vil det være et behov for å gi utfyllende forskriftsbestemmelser om utlendingsmyndighetenes praktisering av det nye regelverket. Særlig kan det være behov for å regulere nærmere om ansvarsfordelingen mellom de ulike organene, herunder adgangen til å overprøve beslutninger om å ikke gi en periode for frivillig retur. Når det gjelder adgangen til å nekte en periode med frivillig retur fordi en søknad fremstår som «åpenbart grunnløs», vil dette i første rekke være aktuelt i tilknytning til asylsaker. I hvilken grad forvaltningen bør gjøre bruk av adgangen til å nekte en periode med frivillig retur etter bestemmelsene i sjette ledd bokstav a til f, er etter departementets vurdering noe som bør kunne reguleres nærmere i forskrift.

### *Hvilket organ som skal beslutte lengden på perioden for frivillig retur*

Det følger av direktivet artikkel 7(1) at returvedtaket skal sørge for en periode for frivillig retur. Direktivet regulerer imidlertid ikke hvilket organ som skal fatte beslutninger knyttet til frivillig retur.

Det følger av utlendingsforskriften § 17-14 at «[n]år det foreligger vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, fastsettes frist for utreise, jf. § 90 sjette ledd, av Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda. Etter nærmere retningslinjer fra departementet kan utreisefrist også fastsettes av politiet».

Departementet har gitt retningslinjer for fastsettelse av utreisefrist i vedtak etter utlendingsloven som innebærer at utlendingen skal forlate riket.<sup>9</sup> Ansvar for å sette utreisefrister fordeles her mellom de tre organer.

#### *Forlengelse av perioden for frivillig retur*

Når det gjelder plikten til å vurdere om fristen for frivillig utreise skal forlenges etter artikkel 7 (2), er det opp til medlemsstatene å ta stilling til hvorvidt en frist skal forlenges og for hvor lenge. En beslutning om å ikke forlenge perioden for frivillig retur vil ikke kunne påklages. Det kan ikke utledes en slik rett etter direktivet, og det foreslås heller ikke å etablere en slik adgang. Hva angår selve vurderingen av om det skal gis en forlengelse, spriker høringsinstansenes syn. Amnesty, Norsk folkehjelp, Den norske kirke og Advokatforeningen anfører at praktiseringen av å forlenge en periode for frivillig retur ikke bør være streng. Politiet har på den annen side argumentert for en strengere linje. UNE påpeker at de omstendigheter som skal hensyntas etter artikkel 7 (2) i varierende grad vil gjøre seg gjeldende i et stort antall saker. UNE antar videre at det ikke er meningen at alle barnefamilier skal få bli i Norge inntil et skoleår er avsluttet, men at de nevnte tilknytningspunkter bør tas hensyn til med sikte på en utreisefrist som muliggjør en ordnet avrundning av oppholdet, hvilket etter gjeldende praksis for fastsettelse av utreisefrist normalt forutsettes ivaretatt ved en frist innenfor direktivets hovedregel om inntil 30 dager.

Departementet fastholder at vurderingen av om det skal gis en forlenget frist skal være streng. Som UNE påpeker vil utgangspunktet måtte være, selv hvor forhold som nevnes i artikkel 7(2) er tilstede, at en ordnet utreise må kunne skje innen fristen på 30 dager. Bare dersom det foreligger særlige grunner bør det gis en forlenget frist. De hensynene som direktivet viser til, som lengden på oppholdet, barn i skole, eller andre familie- eller sosiale bånd, vil være av sentral betydning ved vurderingen av om forlenget frist skal gis. I denne sammenheng kan det vises til artikkel 5 i direktivet som også fremhever barnets beste og retten til familieliv. Bakgrunnen for at vurderingen bør være streng er at departementet ønsker å fastholde et klart skille mellom lovlig og ulovlig opphold. En utstrakt bruk av forlengelser vil sende mange ut-

lendinger inn i en uønsket mellomsituasjon, som heller ikke er direktivets intensjon.

#### *Unntak fra regelen om frivillig retur*

Artikkel 7 (4) omhandler tilfellene hvor det kan unnlates å sette en frist for frivillig utreise. Departementet foreslår å ta inn unntakene i utlendingsloven § 90 sjette ledd for å sørge for at vedtakene i disse tilfellene kan iverksettes straks av politiet. Det kan gjøres unntak i følgende tilfeller: når det foreligger fare for unndragelse, når en søknad har blitt avslått som åpenbart grunnløs eller falsk, og når utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. Når det gjelder unndragelsesfare vises det til redegjørelsen under kapittel 4.3.4.

Artikkel 7 (4) åpner for at det i ovennevnte tilfeller kan unnlates å sette en periode for frivillig retur, alternativt sette en kortere periode enn 7 dager. Ordlyden i den foreslåtte bestemmelsen i § 90 sjette ledd vil også inneholde en adgang til å nekte en periode for frivillig retur, samt en adgang til å sette en kortere periode. Det er for eksempel vanlig forvaltningspraksis å sette en utreisefrist på 48 timer ved åpenbart grunnløse søknader, og en slik praksis vil således kunne videreføres.

Vurderingen av om en søknad er åpenbart grunnløs gjøres av UDI og UNE. Søknader som er åpenbart grunnløse kan i praksis være saker hvor utlendingen ikke har anført en reell asylgrunn. Tilsvarende kan det dreie seg om utlendinger som har oppgitt falsk identitet. Enkelte av høringsinstansene har påpekt at åpenbart grunnløse søknader ikke bør være et mulig unntak fra regelen om frivillig retur. Til dette vil departementet påpeke at praksis ved åpenbart grunnløse søknader i dag er at utreisefristen settes lik fristen for begjæring om utsatt iverksetting, som hovedregel 48 timer. For å videreføre denne praksisen vil det være nødvendig med en unntaksbestemmelse. Generelt vil det også være gode argumenter for å iverksette retur av personer med åpenbart grunnløse søknader raskt.

Direktivet benytter alternativet «falsk» ved siden av «åpenbart grunnløs». I motsetning til åpenbart grunnløs er en «falsk» søknad ikke et innarbeidet begrep i norsk utlendingsforvaltning. Etter en helhetsvurdering foreslo departementet å ikke overføre «falsk» til norsk rett i denne sammenheng. Amnesty er enig i dette. Utenriksdepartementet og UDI har imidlertid tatt til orde for å inn- ta også dette unntaket i loven. UDI påpeker at en falsk søknad kan være langt mer klanderverdig å fremme enn en åpenbart grunnløs søknad. Som

<sup>9</sup> Se G-04/2010 – Retningslinjer for fastsettelse av utreisefrist i vedtak etter utlendingsloven som innebærer at utlendingen skal forlate riket.

det ble påpekt i høringsnotatet skal det i utgangspunktet vurderes utvisning dersom en utlending har gitt uriktige/åpenbart villedende opplysninger i henhold til dagens norske regelverk. I tillegg er det gjort straffbart å forsettlig eller grovt uaktsomt gi vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, jf. utlendingsloven § 108 første ledd bokstav c. Utenriksdepartementet påpeker at disse begrepene kan overføres til ny sjettede ledd bokstav b i utlendingsloven.

Departementet ønsker derfor å innta «vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger» i opplistingen av unntak i ny sjettede ledd bokstav b i utlendingsloven § 90. Bestemmelsen vil da lyde: «en søknad er avslått som åpenbart grunnløs eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger.» Tilføyelsen er ikke ment å ramme vidt, men tilfeller hvor søknaden i all hovedsak er basert på falske opplysninger. Det må i tillegg være en årsakssammenheng mellom de uriktige opplysningene og beslutningen om å avslå søknaden om tillatelse.

Direktivet åpner i tillegg for umiddelbar iverksettelse når utlendingen utgjør en fare for «offentlig orden», «offentlig sikkerhet» eller «nasjonal sikkerhet». Begrepene er ikke nærmere definert i direktivet. Det er heller ikke omtalt i fortalet. Rettspraksis fra EU-domstolen om fortolkningen av begrepet i andre direktiver er ikke nødvendigvis overførbart i returdirektiv-sammenheng. Medlemslandene må i så måte være overlatt et visst handlingsrom ved fastsettelsen av det nærmere innholdet.

I utlendingsloven 1988 benyttet man begrepet «rikets sikkerhet», mens man ved vedtakelsen av utlendingsloven 2008 innførte begrepet «grunnleggende nasjonale interesser».

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

«Departementet støtter forslaget om å erstatte begrepene «tvingende samfunnsmessige hensyn» og «rikets sikkerhet» med «grunnleggende nasjonale interesser». Begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» er et mer dekkende begrep som klarere reflekterer hvilke interesser man ønsker å beskytte. Begrepet «rikets sikkerhet», i alle fall tolket i snever eller tradisjonell forstand, er noe utdattert ut fra den senere tids utvikling, særlig i forhold til terrorvirksomhet, der hensikten ikke alltid er å ramme rikets sikkerhet som sådan, men like mye

å skape frykt i sivilbefolkningen, eller å inspirere eller motivere til ekstremistiske handlinger, uten at konkrete handlinger er begått. Begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» må tolkes i lys av den generelle samfunnsutviklingen og endringer i det internasjonale trusselbildet, og har en dynamisk karakter.

[ ... ]

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

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

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

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

Som følge av at utlendingsloven 2008 er ny, foreligger det foreløpig ikke domspraksis knyttet til lovens begrep direkte. Høyesterett har imidlertid uttalt seg om begrepet «rikets sikkerhet» i Rt. 2007 s. 1573. Begrepet «rikets sikkerhet» er av relevans for tolkningen av «grunnleggende nasjonale interesser».

Departementet mener at begrepet «grunnleggende nasjonale interesser» i utlendingsloven dekker direktivets begreper «nasjonal sikkerhet» og «offentlig sikkerhet». Det vises til de ovennevnte uttalelsene i forarbeidene om at «grunnleggende nasjonale interesser» skal erstatte både «rikets sikkerhet» og «tvingende samfunnsmessige hensyn». Departementet har for øvrig uttalt blant annet følgende om begrepet «offentlig sikkerhet» i Ot.prp.nr. 72 (2007-2008) Om endringer i utlen-

dingslovgivningen for EØS- og EFTA-borgere, punkt 7.12.3 Utvisning av omsyn til offentlig orden og tryggleik:

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

På denne bakgrunn foreslår departementet at man i de aktuelle bestemmelser i stedet for direktivets begrep «offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet» benytter «grunnleggende nasjonale interesser».

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

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

Det må imidlertid presiseres at offentlig orden i denne sammenheng er brukt ved utvisning av EØS-borgere. Utvisningen skal i så måte avvies mot retten til fri bevegelse, som er en av EUs fire friheter. Terskelen for å utvise legges derfor nok så høyt. Offentlig orden i returdirektivet gjelder imidlertid en annen persongruppe, tredjelandsborgere, og det er andre hensyn enn retten til fri bevegelse som gjør seg gjeldende. I artikkel 7 (4) er det kun tale om å unnlate å gi en periode for frivillig retur. Det må således kunne anføres at begrepet offentlig orden i denne sammenheng må

gis et noe annet meningsinnhold enn «offentlig orden» ved utvisning av EØS-borgere. Offentlig orden i denne sammenheng vil også omfatte mindre alvorlige forstyrrelser av samfunnsordenen. Hvis utlendingen skaper uroligheter på mottaket han oppholder seg, vil dette for eksempel kunne regnes som en forstyrrelse av offentlig orden. Det vil imidlertid være sentralt å følge kommende rettspraksis fra EU-domstolene med hensyn til dette.

Sammenholdt foreslår departementet at man i de aktuelle bestemmelser benytter begrepet «offentlig orden eller grunnleggende nasjonal interesser» i stedet for direktivets begrep «offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet».

Departementet finner også grunn til å kommentere beviskravet knyttet til de ulike begrepene. Direktivet opererer konsekvent med ulike beviskrav i sin omgang med begrepene «public policy», «public security» og «national security».

- Returvedtak – artikkel 6 (2) «reasons of»
- Frivillig retur – artikkel 7 (4) «poses a risk»
- Utvisning – artikkel 11(2) «serious threat»
- Utvisning – artikkel 11 (3) «threat».

Ved gjennomføringen i norsk rett, foreslår departementet å benytte allerede innarbeidede beviskrav i utlendingsloven. De ulike beviskravene i direktivet vil i så måte ikke overføres direkte til norsk rett. Det opereres med ulike beviskrav i utlendingsloven, for eksempel taler utlendingsloven § 105 om meldeplikt om «trussel mot grunnleggende nasjonale interesser». En utlending kan videre utvises når «grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig» i medhold av §§ 66, 67 og 68. Utlendingsloven benytter også i andre sammenhenger «gjør det nødvendig» som beviskrav i forhold til grunnleggende nasjonale interesser.

Når det gjelder artikkel 11 (2) (ileggelse av innreiseforbud) som innehar det klart strengeste beviskravet, «serious threat», vil dette overføres til «når offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser *gjør det nødvendig*». Direktivets øvrige beviskrav vil oversettes med «trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser». Beviskravet knyttet til «nødvendig» må anses å være strengere enn beviskravet knyttet til «trussel mot» ved gjennomføringen av direktivets bestemmelser.

I tillegg vil departementet foreslå å innta vilkåret «funnet å utgjøre». Presiseringen inntas for å tydeliggjøre at det må være fastslått i et vedtak (UDI eller UNE) eller i en instruks fra departe-

mentet at utlendingen er en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.

Når det gjelder vurderingen av om en utlendings handlinger faller inn under begrepet offentlig orden, må denne foretas av UDI eller UNE (i visse tilfeller politiet dersom de har kompetanse til å fatte bortvisningsvedtak), med en eventuell påfølgende domstolsprøving.

Vurderingen av grunnleggende nasjonale interesser stiller seg imidlertid annerledes. Det er Justisdepartementet som i de fleste tilfeller avgjør hvorvidt en sak berører grunnleggende nasjonale interesser. Det vises til at departementet er nærmest til å foreta denne vurderingen idet det får opplysninger om utlendinger som kan være en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser fra Politiets sikkerhetstjeneste, Kripos, Forsvaret m fl. Informasjon i utlendingssaken tilfaller også departementet via Utlendingsdirektoratet eller Utlendingsnemnda. Det er departementet som har mest erfaring med å bedømme hvorvidt utlendinger kan antas å utgjøre en slik trussel/risiko, herunder basert på materiale fra sikkerhetstjenesten mv, samt sammenligning med tilsvarende saker.<sup>10</sup>

Departementet foreslår også unntak fra hovedregelen om en periode for frivillig retur i tilfeller som ligger utenfor direktivets anvendelsesområde. Dette vil omfatte bort- og utvisning ved yttergrensen og vedtak om utvisning etter gjeldende utlendingslov § 66 første ledd bokstav b, c, e og §§ 67 og 68. Disse tilfellene kan også iverksettes uten at det settes en periode for frivillig retur. Dette følger av at Norge benytter seg av muligheten til å avgrense anvendelsen av direktivet mot bort- og utvisning på yttergrensen og for utlendinger som er ilagt en strafferettslig reaksjon i medhold av artikkel 2. Departementet foreslår, som nevnt under kapittel 4.2.4, at Norge benytter seg av denne muligheten. I tillegg vil utvisning i medhold av utlendingsloven § 66 første ledd bokstav f kunne unntas.

UDI foreslår at det nye forslaget til utvisningsbestemmelse i utlendingsloven § 66 annet ledd som må innføres på bakgrunn av direktivet, også bør tas med i opplistingen av unntak. Persongruppen som utvises i medhold av denne bestemmelsen faller i utgangspunktet innenfor direktivets anvendelsesområde. Utgangspunktet er således at en av unntaksbestemmelsene i 7 (4) må benyttes. Rent konkret vil det ved utvisning etter den nye utlendingsloven § 66 annet ledd bokstav b allerede være konstatert at en av unntaksbestemmelsene i § 90 sjette ledd kommer til anvendelse. Ved

utvisning i medhold av § 66 annet ledd bokstav a er det allerede gitt en periode for frivillig retur som ikke er overholdt av utlendingen. Direktivet kan ikke tolkes slik at en utlending som allerede har fått en periode for frivillig retur og ikke overholdt denne, skal få en ny periode i vedtaket som illegger innreiseforbudet. Det vil således være en adgang til å innta § 66 annet ledd bokstav a og b i opplistingen i § 90 sjette ledd bokstav f. Departementet vil også ta inn en henvisning til § 66 annet ledd ved opplistingen av unntak fra regelen om frivillig retur.

UDI har også tatt til orde for å innta alternativet «utenrikspolitiske hensyn» i opplistingen. Begrunnelsen er at nåværende § 90 femte ledd innehar et slikt alternativ. Direktivet åpner imidlertid ikke for å gjøre unntak hvor utenrikspolitiske hensyn gjør det nødvendig, jf. artikkel 7(4). Departementet kan således ikke gå for en slik løsning som UDI foreslår.

#### *Dublin-sakene*

I henhold til dagens praksis gis ikke utlendinger som overføres til andre land i medhold av Dublin II-forordningen en periode for frivillig retur. Det er ikke intensjonen i Dublin II-forordningen at en slik periode skal gis. Returdirektivet vil heller ikke medføre at Dublin-overføringer skal underlegges en periode for frivillig retur. Se i denne sammenheng vurderingen i kapittel 2.5 om forholdet mellom Dublin II-forordningen og returdirektivet.

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

#### *Politiets adgang til å iverksette vedtak under perioden for frivillig retur*

Departementet ønsker å videreføre dagens ordning hvor politiet har en adgang til å føre utlendingen ut dersom det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen. Det følger av artikkel 8 (2) at politiet ikke kan uttransportere en utlending før perioden for frivillig retur er utløpt, med mindre unntaksbestemmelsen i artikkel 7 (4) kommer til anvendelse. Det mest aktuelle forholdet for å begrunne en tidligere retur vil naturligvis være unndragelsesfare. Rent praktisk vil det i mange sammenhenger kunne oppstå situasjoner som gjør at politiet bør

<sup>10</sup> Se Ot.prp. nr. 105 (2008-2009) s. 4.

ha mulighet til å iverksette vedtak før utløpet av en periode for frivillig retur. Det kanskje vanligste eksempelet er hvor utlendingen endrer bopel uten å melde fra til myndighetene.

Spørsmålet videre blir således hvordan man rent praktisk skal gå frem når det oppstår en situasjon som nevnt. Dagens norske ordning er at politiet kan føre utlendingen ut dersom det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket frivillig innen utløpet av fristen. Direktivets endring av reglene knyttet til frivillig retur, skaper imidlertid enkelte utfordringer med å videreføre ordningen. En av årsakene til dette er at vedtaksmyndigheten i større grad vil fastsette perioden for frivillig retur i selve vedtakene. Det kan da spørres om politiet skal ha adgang til å «overprøve» deres beslutning. UDI anfører i sitt høringssvar at det er viktig å unngå en praksis med omfattende «overprøving» av UDI eller UNEs innvilgelse av periode for frivillig retur. De anfører videre at kompetansen til å vurdere unndragelsesfare blir med returdirektivet gitt det organet som har søknad til behandling og hovedregelen må derfor være at en eventuell tilbaketrekking av slik periode gjøres av samme organ.

Departementet mener at direktivet ikke kan forstås slik at kompetansen til å vurdere unndragelsesfare utelukkende tillegges vedtaksmyndigheten. Dersom et endret faktum gir grunn til en ny vurdering bør politiet ha kompetanse til å iverksette vedtak. Departementet ønsker således å sikre en ordning hvor politiet fremdeles kan iverksette vedtak innenfor perioden for frivillig retur.

For å sikre det nødvendige rettslige grunnlaget for politiets kompetanse til å iverksette vedtak ved fare for unndragelse, er det grunn til å hjemle dette i lovs form. Det er her tale om en inngripende handling og legalitetsprinsippet tilsier et krav om en klar hjemmel for politiet i denne sammenheng. Departementet viderefører gjeldende ordlyd i utlendingsloven § 90 sjette ledd tredje punktum siste alternativ hvor politiet kan føre ut en utlending når det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket. Bestemmelsen er foreslått som nytt første punktum i sjuende ledd.

Dette innebærer at politiet vil ha kompetanse til å iverksette et vedtak dersom det oppstår en fare for unndragelse som nevnt i forslag til ny § 106 a i utlendingsloven. For øvrig vil unntakene i medhold av direktivet artikkel 7 (4) måtte vurderes av UDI. Den nye ordlyden vil i denne sammenheng da lyde: «Dersom pålegget ikke blir fulgt, eller utreisefrist ikke er gitt, eller politiet anser det som mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forla-

te riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut.»

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

#### *Klageadgangen på beslutninger om frivillig retur*

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

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

Retten til å klage, og rettsmidlene generelt, fremgår av direktivet artikkel 13. Bestemmelsen sikrer klagerett på vedtak i tilknytning til retur som nevnt i artikkel 12 (1). Artikkel 12 (1) lister opp de tre ulike vedtakstypene i direktivet: returvedtak, vedtak om uttransportering og vedtak om innreiseforbud. Det er altså kun disse tre vedtakstypene som er gjenstand for klage i henhold til direktivet. Departementet ønsker ikke å innføre vedtak om uttransportering i norsk rett (se kapittel 7.1.5), og vedtak om innreiseforbud er ikke relevant i denne sammenheng.

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



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

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

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

Dersom en periode for frivillig retur ikke gis, skal utlendingen også utvises i medhold av forslaget til ny utvisningsbestemmelse i utlendingsloven § 66 annet ledd. UDIs beslutning om å ikke gi en periode for frivillig retur vil i så måte underlegges en form for overprøving dersom saken påklages til UNE.

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

### *Søknad om frivillig retur*

Medlemsstatene kan selv avgjøre om retten til frivillig retur skal betinges av en søknad. Departementet foreslår at man ikke går for en slik løsning. Høringsinstansene har heller ikke fremmet et ønske om en slik ordning. For det første er

dagens praksis at en utlending, i de aller fleste tilfeller, får en frist for frivillig utreise. Direktivet vil dermed innebære en videreføring av det som er hovedregelen etter dagens praksis. For det andre vil det være en vesentlig og nødvendig arbeidsbyrde for forvaltningen å måtte behandle slike søknader. Og for det tredje vil en rett til en periode for frivillig retur, uten at det må søkes om det, styrke utlendingens rettssikkerhet.

### *Praktiske utfordringer*

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

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

Selv om en periode for frivillig retur er oversittet kan ikke dette bety at utlendingen automatisk vil være avskåret fra å returnere med det frivillige returprogrammet. Målgruppen for programmet er alle utlendinger uten lovlig opphold eller som har en forvaltningssak etter utlendingsloven til behandling. Av ulike årsaker har politiet ikke muligheten til å tvangsreturnere alle med ulovlig opphold og det er helt sentralt å stimulere til frivillig retur også etter at perioden for frivillig retur er oversittet.

## 7 Gjennomføring av direktivets regler om uttransportering – Artikkel 8 og 9

### 7.1 Artikkel 8

#### 7.1.1 Direktivet

Artikkel 8 i direktivet omhandler selve uttransporteringen av tredjelandetsborgeren fra Schengen-territoriet, jf. definisjonen i artikkel 3 (5). Schengenlandene pålegges å treffe de nødvendige tiltak for å effektivere et returvedtak i to tilfeller: når tredjelandetsborgeren ikke har reist innen utreisefristen, og når det i henhold til artikkel 7 (4) ikke er gitt en utreisefrist. Videre er Schengenlandene forpliktet til å vente med å uttransportere til utreisefristen har utløpt, med mindre det oppstår forhold som nevnt i artikkel 7 (4).

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

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

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

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

#### 7.1.2 Gjeldende rett

Det følger av utlendingsloven § 90 sjette ledd at dersom pålegg om å forlate riket ikke blir fulgt, eller det er mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, «kan politiet føre utlendingen ut». Ansvar for politiet til å uttransportere personer som oppholder seg ulovlig i Norge er videre regulert i rundskriv, samt i kongelig resolusjon ved opprettelsen av PU. Det

følger også av Schengen-konvensjonen at statene er forpliktet til å sørge for å uttransportere personer som er bortvist.

PU har ansvaret for å uttransportere utlendinger som tidligere har søkt om asyl og fått avslag. For øvrig er det politidistriktene som har det overordnede ansvaret for å følge opp saker uten asyltilknytning.

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

Endelig kan nevnes den alminnelige tjenesteinstruks for politiet (politiinstruksen) kapittel 11, som regulerer transport av pågrepne og innsatte. I tillegg gir utlendingsforskriften § 17-15 detaljregler om uttransportering.

#### 7.1.3 Departementets høringsnotat

I departementets høringsnotat ble ikke artikkel 8 ansett å foranledige endringer i det norske regelverket knyttet til uttransporteringer. Videre ble hensiktsmessigheten av å innføre et særskilt vedtak om uttransportering drøftet. Departementet konkluderte med at det ikke er ønskelig å innføre nye vedtakstyper i denne sammenheng. Endelig ble direktivets krav til et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer ansett ivaretatt i norsk rett.

#### 7.1.4 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* er enig i at bestemmelsen ikke nødvendiggjør endringer i utlendingsloven.

*Amnesty* og *NOAS* mener det er behov for en klarere regulering av prinsipper for maktbruk ved uttransportering, for å sikre at det gjennomføres på en human måte og med fokus på utlendingens fundamentale rettigheter, slik det også er beskrevet i direktivet. De mener videre at de generelle reglene i politiloven § 6 ikke er tilstrekkelig for å

sikre at tvangsreturene skjer på ønskelig måte, og at det er behov for å presisere hvilke krav som stilles til hvordan uttransporteringer skal skje i utlendingsloven.

Ingen av høringsinstansene har tatt til orde for å innføre et særskilt vedtak om uttransportering som artikkel 8 (3) åpner for.

Når det gjelder kravet om at medlemslandene skal sørge for et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer, er *POD* og *PU* enige i at det allerede eksisterer et kontrollsystem som tilfredsstiller direktivets krav.

*NOAS* kan heller ikke se at artikkel 8(6) om et kontrollsystem forutsetter endringer i det norske regelverket. De mener likevel at det er tvilsomt om tilsyn fra sjefen for *PU*, tilsynsrådet, Sivilombudsmannen, Spesialenheten for politisaker og domstolene er tilstrekkelig i seg selv.

*Amnesty* mener på sin side at et kontrollsystem også må omfatte en vurdering av om returene er trygge, verdige og en undersøkelse av hva som skjer med personene som blir returnert.

*Norsk Folkehjelp* mener all aktivitet i forbindelse med retur bør overvåkes – både før, under og etter returen.

### 7.1.5 Departementets vurdering

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

Direktivet artikkel 8 (1) er bestemmelsen som skal bidra til at landene uttransporterer tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i Schengen-området. Bestemmelsen legger en føring på medlemsstatene om å prioritere returer av tredjelandsborgere. Direktivet oppstiller et mål som medlemsstatene skal søke å overholde. Den nærmere praktiseringen i medlemslandene er imidlertid overlatt til hver enkelt stat. Bestemmelsens ordlyd er i så måte relativt vag og det norske regelverket må anses å være i samsvar med bestem-

melsen. Returarbeidets kompleksitet tilsier også at det ikke kan oppstilles en absolutt plikt-regel som det er mulig å overholde for medlemsstatene. Det tillegges derfor et visst handlingsrom for medlemsstatene mht. til praktisk/faktisk gjennomføring av uttransporteringer. På denne bakgrunn anser departementet at artikkel 8 (1) ikke krever endring i norsk lov.

Når det gjelder artikkel 8 (2) som innskrenker muligheten til å uttransportere mens utlendingen har en periode for frivillig retur, følger det allerede av utlendingsloven § 90 sjette ledd at politiets generelle adgang til å uttransportere en utlending er begrenset. Utreisefristen må være utløpt eller det må være en sannsynlighetsovervekt for at vedkommende ikke vil forlate riket innen fristen.

Departementet mener bestemmelsen er i samsvar med direktivet artikkel 8 (2). Det vises for øvrig til drøftelsen ovenfor knyttet til artikkel 7 (4), hva gjelder iverksettelse av vedtak mens utlendingen er gitt en periode for frivillig retur.

### Særskilt vedtak om uttransportering

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

### Maktbruk

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

*NOAS* og *Amnesty* etterlyser en nærmere regulering i utlendingsloven av hvordan uttransporteringer skal skje. Departementet viser i denne forbindelse til utlendingsforskriften § 17-15 og po-

litiinstruksen, som allerede detaljregulerer uttransportering. I tillegg finner departementet grunn til å påpeke at uttransporteringer er en del av politiets ordinære tjenesteutførelse og det er således naturlig og ønskelig at eventuell maktbruk her er underlagt de generelle regler om utførelse av polititjeneste. For øvrig kan det bemerkes at all tvangsmiddelbruk som benyttes etter utlendingsloven kapittel 12, bare kan brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmiddelet kan heller ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.

### Fellesflyvninger

Når uttransporteringen gjennomføres med fly, skal medlemsstatene ta hensyn til de felles retningslinjer om sikkerhetstiltak ved felles uttransportering med fly som følger som vedlegg til vedtak 2004/573/EF.<sup>11</sup> Vedtak 2004/573/EF er bindende for Norge. Det fremgår av fortalen at vedtaket innebærer en videreføring av Schengenregelverket. Retningslinjene som returdirektivet viser til, er derimot ikke bindende for medlemsstatene. I tillegg foreskriver returdirektivet at retningslinjene kun skal hensyntas. Artikkel 8 (5) må således anses å skulle bevisstgjøre medlemsstatene om allerede eksisterende regelverk. Departementet ser av den grunn ikke behov for endring av norsk regelverk på bakgrunn av artikkel 8 (5).

### Effektivt kontrollsystem

Artikkel 8 (6) i direktivet stiller krav om at statene skal ha et effektivt kontrollsystem for tvangsreturer, et såkalt «monitoring system». Selve ordlyden i direktivet er hentet fra Europarådets 20 retningslinjer for tvungen retur.

Systemet er derimot ikke nærmere beskrevet verken i returdirektivet eller i Europarådets retningslinjer. Landene har heller ingen felles fortolkning eller forståelse av hvilke krav som skal settes til et slikt system. I høringsnotatet ble det norske overordnede systemet for tilsyn med returer, som omfatter overordnet tilsyn fra sjefen for PU, ansvar tillagt tilsynsrådet for Politiets utlendingsinternat på Trandum, Sivilombudsmannen, Spesialenheten for politisaker og domstolene ansett å tilfredsstillere direktivets krav. Høringsinstansene som har uttalt seg i denne forbindelse har i

all hovedsak vært enige i departementets vurdering.

I forbindelse med gjennomføringen av direktivet, ønsker departementet imidlertid å sikre at en eventuell fremtidig endring av det norske system er gitt en lovmessig forankring.

Departementet foreslår derfor at det i utlendingsloven § 90 niende ledd inntas «Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om innføring av et system for kontroll av tvangsreturer.»

Et mulig alternativ til opprettelsen av et tilsynsråd, kan være å utvide mandatet for tilsynsrådet på Trandum utlendingsinternat til å omfatte returrelaterte forhold utenfor utlendingsinternatets område. Rammen for tilsynsrådets nåværende oppgaver fremgår av utlendingsloven § 107 åttende ledd. Tilsynsrådet skal føre tilsyn med driften av utlendingsinternatet og behandlingen av utlendingsene som oppholder seg der. Rammen vil imidlertid ikke hjemle oppgaver i forbindelse med en mer generell kontroll av tvangsreturer. Departementet vil komme tilbake til eventuell utforming av systemet på et senere tidspunkt.

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

## 7.2 Utsatt uttransportering – Artikkel 9

### 7.2.1 Direktivet

Artikkelen oppstiller en skal-bestemmelse og en kan-bestemmelse. Medlemslandene *skal* utsette iverksettingen av et vedtak når det vil være i strid med vernet mot retur (non-refoulement) eller hvor oppsettende virkning er gitt i medhold av direktivet artikkel 13 (2). Medlemslandene *kan* utsette iverksettingen i særlige tilfeller. Det skal i disse tilfellene tas hensyn til tredjelandsborgerens fysiske og psykiske tilstand, samt «tekniske» årsaker, som transportkapasitet og identifiseringsproblemer.

Dersom en uttransport er utsatt, kan tiltakene i artikkel 7 (3) (meldeplikt, depositum, bestemt oppholdssted, innlevering av dokumenter) benyttes for å redusere unndragelsesfaren.

Direktivet regulerer ikke nærmere hvordan en eventuell utsettelse skal utformes.

<sup>11</sup> Vedtak 2004/573/EF - Council Decision of 29 April 2004 on the organisation of joint flights for removals from the territory of two or more Member States, of third-country nationals who are subjects of individual removal orders.

### 7.2.2 Gjeldende rett

Vernet mot retur er ivaretatt gjennom bestemmelser i utlendingsloven kapittel 4 og 9.

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

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

### 7.2.3 Departementets høringsnotat

Bestemmelsen i artikkel 9 om når utsendelse «skal» utsettes, ble vurdert å være ivaretatt i norsk rett. Videre ble det ansett uhensiktsmessig å endre norsk lov for å reflektere bestemmelsens kan-regel.

### 7.2.4 Høringsinstansenes syn

*Advokatforeningen* er enig i departementets vurdering om at artikkel 9 ikke foranlediger endringer i gjeldende utlendingslov.

*Amnesty* mener det er behov for en ordning med berostillelse av uttransportering også uavhengig av klagesaken. Norsk lov bør endres i samsvar med direktivets kan-regel, og dermed utvide adgangen til berostillelse. Slik berostillelse kan være nødvendig i forbindelse med for eksempel medisinsk behandling eller skolegang. De samme momentene som skal vurderes i forbindelse med forlenget frist for frivillig retur vil være aktuelle også i vurderingen av om uttransporteringen bør berostilles.

*Norsk psykologforening* uttaler:

«Vi er bekymret for at en i Norge vil gi svekkede rettigheter til denne gruppen i fht. direktivet hvis en ikke endrer loven på en måte som ivaretar kan-regelen. I direktivets Artikkel 9, punkt 2. a) tas det hensyn til at utlendingens psykiske tilstand eller psykiske evner kan gi grunnlag for utsettelse av uttransport. Departementet skriver i sin vurdering at en ikke ønsker å opprette en slik ordning. Vi mener departementets syn kan føre til en praksis

som i enkelte saker er i strid med menneskerettslige og/eller humanitære hensyn, og oppfordrer departementet å se på dette på nytt. Artikkel 9, punkt 2. a) berører også forholdet til helseerklæringer og rammer for innhenting av disse. Dette er et område som ikke fungerer godt nok pr. i dag. Det finnes mange eksempler på at helsemessige forhold ikke er tatt tilstrekkelig hensyn til i vurdering av søknader om opphold. Det er mange klagesaker til UNE pga at nødvendig informasjon ikke foreligger. Dette kan blant annet skyldes at det ikke er innhentet informasjon, eller at helseerklæringene om evt. foreligger ikke gir god nok informasjon om tilstanden. Dette svekker denne gruppens rettsikkerhet. Disse forholdene tilsier at det må være bestemmelser i norsk rett som sikrer at uttransport kan utsettes.»

### 7.2.5 Departementets vurdering

Direktivet artikkel 9 gjelder de tilfeller hvor en stat må iverksette vedtak som følge av at utlendingen ikke har reist frivillig. Direktivets bestemmelse opererer med en skal-regel og en kan-regel. Skal-regelen i artikkel 9(1) må anses å være ivaretatt gjennom reglene om beskyttelse og vern i utlendingsloven kapittel 4 og 9, samt utlendingsloven § 90.

Hva angår direktivbestemmelsens kan-regel, anser departementet det som uhensiktsmessig å endre norsk lov i denne sammenheng. Enkelte av høringsinstansene ønsker en ordning med utsatt uttransportering. Departementet vil understreke behovet for et klart skille mellom lovlig og ulovlig opphold. En utstrakt bruk av utsatt uttransportering vil kunne sende utlendinger inn i en uønsket mellomsituasjon. I tillegg har utlendinger i dag allerede en mulighet til å ta opp spørsmål eller anmodninger knyttet til effektivisering av vedtaket med politiet. PU eller politidistriktet avgjør om det er grunnlag for å etterkomme en anmodning om utsettelse av utreisefristen, eller om en slik anmodning må anses som en omgjøringsanmodning av det vedtaket som ga grunnlag for fastsettelse av utreisefristen og som UDI eller UNE må ta stilling til, jf. retningslinjer for fastsettelse av utreisefrist (G-04/2010).

Det vises endelig til den adgangen som forslaget til ny utlendingslov § 90 sjettede ledd åpner for. Her kan det gis en lengre periode for frivillig retur, når det er nødvendig.

## 8 Gjennomføring av direktivets regler om retur av enslige mindreårige – Artikkel 10

### 8.1 Direktivet

Artikkel 10 (1) slår fast at før det fattes et returvedtak overfor en enslig mindreårig, skal det gis bistand fra kompetente organer, som ikke er de myndigheter som skal iverksette returen, og det skal i denne forbindelse tas hensyn til barnets beste.

Artikkel 10 (2) foreskriver i hvilke tilfeller uttransportering av mindreårige kan gjennomføres. Medlemsstaten skal ha forvissnet seg om at den enslige mindreårige vil bli returnert til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et tilfredsstillende mottaksapparat.

### 8.2 Gjeldende rett

Utlendingsloven regulerer ikke retur av enslige mindreårige særskilt. Det følger imidlertid av Justisdepartementets rundskriv om uttransportering av utlendinger, at ved uttransport av enslige mindreårige skal vedtaksmyndigheten opprette/formidle kontakt med omsorgsperson i hjemlandet.<sup>12</sup> Som hovedregel skal uttransportering ikke skje med mindre omsorgspersonen i hjemlandet er informert om de nærmere detaljene ved returen.

Ved vurderingen av om det foreligger sterke menneskelige hensyn etter utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav a skal det legges vekt på om «utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur».

### 8.3 Departementets høringsnotat

Departementet foreslo en presisering i utlendingsloven § 90 sjette ledd som oppstiller en absolutt skranke for myndighetene for å returnere enslige mindreårige. «Retur av enslig mindreårig skal

bare skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et forsvarlig omsorgstilbud.» Det ble videre foreslått som nytt åttende ledd at «Kongen kan i forskrift gi regler om hva som skal anses å være et forsvarlig omsorgstilbud».

### 8.4 Høringsinstansenes syn

*Utenriksdepartementet* er enig i at det er nødvendig å nedfelle i lovs form den retten enslige mindreårige har i medhold av direktivets artikkel 10 (2).

*POD, PU, Oslo Politidistrikt, Norsk psykologforening og UDI* mener alle det er hensiktsmessig å innføre en slik bestemmelse. Etter UDIs vurdering, vil ikke ordlyden fra direktivet som foreslås tatt inn i ny § 90 syvende ledd, innebære noen nødvendige endringer i dagens praksis når det gjelder enslige mindreårige asylsøkere. Hovedprinsippet er at enslige mindreårige skal være sikret forsvarlig omsorg ved retur. *KIM* stiller seg udelte positive til forslaget.

*Amnesty* og *NOAS* forutsetter at retur av enslige mindreårige kun skjer til trygge, sikre steder hvor det eksisterer et reelt forsvarlig omsorgstilbud. *Amnesty*, *NOAS* og *Redd Barna* uttrykker alle en skepsis til etableringen av omsorgstilbud i Afghanistan. *Den norske kirke* ønsker å understreke at kriteriene for hva som regnes som forsvarlig omsorgstilbud bør være strenge.

*Barneombudet* uttaler:

«Barneombudet ser at det kan være fordeler ved en direkte regulering av kravet om at det skal foreligge et omsorgstilbud i hjemlandet. Ombudet mener likevel at begrepet omsorgstilbud er for vagt, og at det sier lite om hvilke standarder som kreves. Barneombudet forutsetter at retur i disse tilfellene kun skjer til trygge, sikre steder hvor det eksisterer et reelt forsvarlig omsorgstilbud. Kriteriene for hva som regnes som forsvarlig omsorgstilbud bør være strenge, så også for den dokumentasjon norske myndigheter skal fremlegge i for-

<sup>12</sup> Rundskriv G-64/2000 – Uttransportering av utlendinger etter vedtak truffet i medhold av utlendingslovgivningen.

hold til situasjonen barnet skal returneres til. Ombudet viser i den forbindelse til barnekonvensjonens artikkel 22 som setter strenge krav til myndighetenes innsats i forbindelse med retur av flyktningbarn.»

UNHCR påpeker at barnets beste må være «a primary consideration» i denne sammenheng. De omtaler også «best practises» i forbindelse med retur av enslige mindreårige. I tillegg uttaler de:

«The safeguards for *unaccompanied minors* in Article 10 of the Directive are also considered insufficient. These allow return if «adequate reception facilities» are in place, without a definition of what this constitutes, and without requiring the presence of a person or entity legally responsible for the child in the country of return. Below are UNHCR's recommendation for best practice in relation to return of unaccompanied or separated children (UASC).»

Redd Barna bemerker følgende:

«I dag ser vi svakheter i utlendingsforvaltningen når det gjelder å foreta grundige barnets beste vurderinger, med godt begrunnede vedtak. FNs barnekomité har i sine merknader til Norge datert 29. januar 2010 uttrykt bekymring for hvordan prinsippet i praksis i varetas og har anbefalt norske myndigheter følgende:

«The Committee recommends that the State party continue and strengthen its efforts to ensure that the general principle of the best interests of the child is appropriately integrated in all legal provisions as well as in judicial and administrative decision-making procedures, including those related to family and alternative care issues and immigration cases, and in all projects, programmes, and services that have an impact on children. The Committee also recommends that the State party elaborates practicable directions for how to operationalize the principle and train all those involved in the determination of best interests of a child or children» (Ref. CRC/C/NOR/CO/4 pkt. 23).

Redd Barna ser implementeringen av returdirektivet i Utlendingsloven som en god anledning til å utdype og operasjonalisere de generelle kriteriene som bør inngå i en barnets beste vurdering ved retur. Vurderingen vil variere i forhold til de ulike returalternativene og lovgiver bør i forarbeidene tydeliggjøre vurderingstemaet nærmere.»

Norsk folkehjelp påpeker at det legges opp til at barn kan returneres til «utnevnt verge». Dette er en endring fra tidligere norsk lov. De stiller således spørsmål ved hva som ligger i dette begrepet.

Norsk psykologforening mener det også er helt nødvendig å ivareta barnets rett til å bli hørt i denne sammenheng, og viser da til artikkel 12 i barnekonvensjonen, og til menneskerettsloven.

## 8.5 Departementets vurdering

Departementet anser det som nødvendig å nedfelle i lovs form den rett enslige mindreårige har i medhold av direktivet artikkel 10 (2). På denne måten vil vernet mot retur uten forsvarlig omsorg være sikret i loven og ikke være overlatt til norsk forvaltningspraksis. Den foreslåtte bestemmelse vil sette en absolutt skranke for retur av mindreårige til andre enn familiemedlemmer, utnevnt verge eller forsvarlig omsorgstilbud. Bestemmelsen gjelder tvungen utsendelse og omfatter således ikke frivillig hjemreise.

Etter norsk praksis har det stort sett bare vært aktuelt å returnere barn uten beskyttelsesbehov til omsorgspersoner i hjemlandet, og ikke til en omsorgsinstitusjon. Praksis ble imidlertid endret 3. september 2009. Endringen betyr at norske myndigheter vil vurdere slektninger, for eksempel besteforeldre, tanter, onkler eller myndige søsken som omsorgspersoner selv om de ikke hadde omsorgsansvar for den mindreårige da han eller hun forlot hjemlandet.

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

Departementet vil presisere at når man tar inn en slik verneregel for enslige mindreårige i loven, betyr ikke det at myndighetene skal returnere en enslig mindreårig uten beskyttelsesbehov fordi det finnes familiemedlemmer, utnevnt verge eller et forsvarlig omsorgstilbud i opprinnelseslandet. Det avgjørende i denne sammenheng vil være myndighetenes til enhver tid gjeldende praksis, herunder vurdering av barnets beste. Skjønnsvurderingen i forhold til utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav a opprettholdes, men i de tilfellene man kommer til at en enslig mindreårig skal retur-

neres, gir den nye bestemmelsen i § 90 sjettede ledd en ekstra rettssikkerhetsgaranti for denne persongruppen.

Departementet har merket seg at flere av høringsinstansene har uttrykt krav om en streng praksis knyttet til den nye bestemmelsen. Til dette vil departementet presisere at det er vurderingen som foretas i tilknytning utlendingsloven § 38 som er avgjørende for om en enslig mindreårig kan uttransporteres. Det foretas således ingen selvstendig materiell vurdering knyttet til de ulike begrepene i den nye bestemmelsen, men situasjonen ved retur vil inngå i helhetsvurderingen etter § 38.

Den nye bestemmelsen tjener to formål. For det første er det viktig av informasjonshensyn at det oppstilles en klar skranke for retur av enslige mindreårige. For det andre vil det være en viktig rettssikkerhetsgaranti for denne persongruppen. Den nye bestemmelsen i § 90 sjettede ledd forholder seg således til § 38 som en rettssikkerhetsgaranti.

Flere av høringsinstansene har ytret et ønske om en nærmere presisering av de ulike begrepene familiemedlem, utnevnt verge og et forsvarlig omsorgstilbud.

Det er begrenset i hvilken grad begrepene kan detaljdefineres ved lovgivning. Det nærmere innhold må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering av de ulike begrepene. I Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 157 omtalte departementet spørsmålet om hvem andre enn foreldrene som kan være aktuelle for å sikre forsvarlig omsorg ved retur. «Departementet vil bemerke at dette er spørsmål som må løses i praksis ut fra en konkret vurdering av forholdene i den enkelte sak. Blant annet må dette avklares med barnevernmyndigheter i det aktuelle returland mv.» I proposisjonen eksemplifiserer departementet annen familie også som «andre voksne som hadde den daglige omsorgen for barnet før utreisen».

Lokale forhold og eventuelle barnevernsmyndigheters syn, alternativt den som hadde omsorgen før retur, vil være retningsgivende ved vurderingen. For øvrig foreslår departementet at Kongen kan gi nærmere regler i forskrift. Begrepene familiemedlem, utnevnt verge eller forsvarlig omsorgstilbud kan således defineres nærmere i forskrift ved behov.



## 9 Gjennomføring av direktivets regler om utvisning (innreiseforbud) – Artikkel 11

### 9.1 Direktivet

Direktivet artikkel 11 regulerer i hvilke tilfeller innreiseforbud (utvisning) skal og kan ilegges, samt i hvilke tilfeller medlemslandene skal vurdere å ikke ilegge et innreiseforbud, eller oppheve et innreiseforbud som allerede er ilagt. Utgangspunktet er at det skal ilegges et innreiseforbud når det er utstedt et returvedtak i henhold til artikkel 6, dersom tredjelandetsborgeren ikke er gitt en frist for frivillig utreise, eller dersom han ikke har etterkommet et pålegg om å reise ut.

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

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

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

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

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

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

handler oppholdstillatelser og melding med henblikk på ikke å tillate innreise.

Det ovenfor nevnte skal ikke gjelde for utlendinger som har krav på beskyttelse i medhold av statusdirektivet artikkel 2 (a).<sup>13</sup>

### 9.2 Gjeldende rett

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

Utvisning av tredjelandetsborger uten oppholdstillatelse reguleres i utlendingsloven § 66 bokstav a. Bestemmelsen er en kan-bestemmelse. Det er videre nedfelt i rundskriv fra UDI i hvilke tilfeller utvisning kan vurderes.<sup>14</sup>

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

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

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

<sup>13</sup> Direktivet omhandler kriterier for å fastslå om en asylsøker oppfyller kravene til asyl eller ikke. Direktiv 2004/83/EF.

<sup>14</sup> RS 2010-024 – utvisning etter utlendingsloven §§ 66, 67 og 68 – brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold.

### 9.3 Departementets høringsnotat

Departementet foreslo i høringsnotatet å innføre en skal-bestemmelse om utvisning i tråd med direktivet artikkel 11 (1). Dette innebærer at det skal ilegges et innreiseforbud dersom en utlending ikke overholder en periode for frivillig utreise eller hvor utlendingen ikke er gitt en periode for frivillig utreise. Det ble også foreslått å endre utlendingsloven slik at det kan ilegges innreiseforbud med ett års varighet. Endelig foreslo departementet en hovedregel om at innreiseforbud i direktivtilfellene som hovedregel ikke skal overstige fem år, med mindre det foreligger en alvorlig trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet. For øvrig ble direktivets bestemmelser ansett å være i tråd med det norske utvisningsregelverket.

### 9.4 Høringsinstansenes syn

*Fellesorganisasjonen, NOAS, Amnesty, Norsk folkehjelp* og *Den norske kirke* er alle kritiske til at det innføres en skal-regel i forbindelse med utvisning, som de mener vil innebære en ytterligere innstramming av norsk utvisningspraksis.

*POD* og *Oslo politidistrikt* er positive til innføringen av en skal-regel. *Oslo politidistrikt* uttaler:

«Oslo politidistrikt er imidlertid av den oppfatning at «skal»-regelen får begrenset rekkevidde når den sidestilles med forholdsmessighetsvurderingen. Vi har til gode å se at utlendingsforvaltningen ikke fatter et vedtak om utvisning der de objektive vilkårene for utvisning er til stede, og forholdsmessighetsvurderingen ikke er til hinder for utvinning. Forholdsmessighetsvurderingen er etter vår oppfatning sterkt preget av skjønn og passer i liten grad sammen med en «automatisk» utvisningsadgang. Etter vår oppfatning bør det vurderes om det er mer hensiktsmessig å pålegge utlendingsmyndighetene å opprette utvisningssak der § 90 sjette ledd er overtrådt. Forholdsmessighetsvurderingen vil avgjøre om det faktisk kan fattes et utvisningsvedtak.»

*Oslo politidistrikt, PU, UDI* og *NOAS* støtter departementet i at det i visse tilfeller bør være anledning til å gi ett års innreiseforbud. *UNE* og *UDI* mener at dersom det skal være en nedre minimumsgrense på ett år, bør dette fremgå av lovteksten.

*POD* påpeker at det kan få uheldige konsekvenser at det maksimalt kan ilegges femårig inn-

reiseforbud ved overtredelser av utlendingsloven. Dette vil kunne medføre at slike overtredelser i større grad må politianmeldes. De slutter seg til forslaget om at utvisning i disse tilfellene initieres om utlendingen ikke møter hos politiet for å avtale utreisen eller for å fremvise en returbillett. For å stimulere utlendingen til å returnere frivillig og for å bespare politiets ressursbruk fremstår dette som den mest hensiktsmessige ordningen.

*Amnesty* savner en grundig drøftelse av EMK artikkel 8 i departementets høringsnotat. *Amnesty* anfører videre:

«AIN mener at når det innføres en forpliktelse til å utvise utlendinger som oppholder seg ulovlig i Norge, burde det samtidig innføres en forpliktelse for norske myndigheter til å gi oppholdstillatelse til de personene som ikke kan returneres i løpet av relativt kort tid. I motsatt fall vil disse personene havne i en limbo-situasjon, hvor de fortsatt må bli i Norge, men med få rettigheter og uten muligheter for å arbeide og forsørge seg selv. I det minste må det innvilges slik tillatelse til de som ifølge direktivet regnes som sårbare grupper, og til de som ikke har mulighet til å returnere selv om de ønsker det. I tillegg bør det innvilges opphold til personer som har vært lenge i Norge fordi asylprosedyren har tatt lang tid.»

*Den norske kirke* og *NOAS* mener det er for strengt å utvise en utlending kun fordi søknaden blir vurdert som åpenbart grunnløs.

*Amnesty* mener videre at sårbare personer ikke skal utvises. Disse personene bør ikke utsettes for tvangsmessig utsending, og bør derfor heller ikke gis utvisningsvedtak. Også i tilfeller hvor personer har vært lenge i Norge i forbindelse med behandlingen av asylsøknaden, bør det unnlates å gi utvisningsvedtak. *Amnesty* mener at det bør synliggjøres i loven eller i forskrift at det i slike tilfeller skal unnlates å utvise på grunnlag av humanitære hensyn. *Norsk folkehjelp* argumenterer i samme retning og påpeker at siden direktivet her legger opp til en klart strengere praksis enn det som har vært norsk lov hittil, bør direktivets artikkel 11(3) som omtaler de tilfeller der innreiseforbudet kan unnlates, vektlegges og tydeliggjøres.

*Barneombudet* uttaler:

«Ombudet er bekymret dersom det nye regelverket vil føre til enda flere vedtak om utvisning dersom dette ikke samtidig fører til en enda grundigere vurdering og kartlegging av barnets beste. *Barneombudet* vil understreke at en utvisning, selv en begrenset utvisning på to eller fem år, har

svært store konsekvenser for barn. Det er positivt at Stortinget har sendt signaler om en oppmykning i forhold til praktisering av reglene til fordel for barn. Ombudet forutsetter at dette følges opp i både regelverk og praksis. Det fremstår imidlertid som uklart hvordan det nye regelverket vil påvirke denne føringen. Ombudet vil påpeke at utvisning får de samme konsekvenser for barnet, uansett bakgrunnen for utvisningen, og barnets beste bør være det klart førende hensyn i tråd med FNs barnekonvensjon artikkel 3. Barneombudet mener at dagens utvisningspraksis er problematisk i forhold til barnekonvensjonens artikkel 9 som pålegger staten et ansvar for å sikre at barn ikke blir skilt fra sine foreldre. FNs komité for barns rettigheter har uttrykt bekymring over norsk utvisningspraksis. Også i komiteens generelle kommentar nr 7 understrekes det at små barn er særlig sårbare for atskillelse fra foreldrene på grunn av deres fysiske avhengighet og følelsesmessige tilknytning til foreldrene.

Barneombudet er opptatt av at det i enhver utvisningssak som involverer barn bør foretas en vurdering av barnets beste etter barnekonvensjonens artikkel 3, og at barnet bør gis anledning til å komme med sine synspunkter i så stor grad det lar seg gjøre (barnekonvensjonens artikkel 12).»

*KIM* ser det som problematisk at personer som reiser ut frivillig uten å melde ifra til myndighetene, kan få et innreiseforbud. Det er viktig at dersom myndighetene finner at vedkommende har overholdt returvedtaket, så blir utvisningsvedtak som er fattet i mellomtiden, opphevet.

*Norsk folkehjelp* uttaler:

«Direktivet innfører fem års innreiseforbud til EU-territoriet for de som ikke reiser ut i den «frivillige perioden». Dette tidsrommet kan imidlertid utvides dersom *utlendingen* utgjør en alvorlig trussel mot offentlig (public) eller nasjonal sikkerhet. Dette mener Norsk Folkehjelp er begreper med vagt innhold som kan åpne opp for at en hel rekke ulike aktiviteter og handlinger kan defineres innenfor disse kategorier.»

*Norsk folkehjelp*, *KIM*, *UNHCR*, *NOAS* og *Amnesty* fremhever alle at et innreiseforbud er noe som kan ramme individer svært urettmessig. Mennesker som returneres vil kunne oppleve forhold i hjemlandet som tvinger dem ut på flukt igjen. Innreiseforbudet fremstår dermed som en u hensiktsmessig bestemmelse og et innreiseforbud i 5 år vil

kunne hindre samme person å søke om beskyttelse på nytt, denne gangen med en sak som holder.

*UDI* påpeker behovet for å sikre at utlendingen får nødvendig informasjon på grunn av den strenge utvisningspraksisen direktivet legger opp til. Det er UDIs erfaring at mange som får avslag på en søknad ikke melder seg hos politiet før utreise. Det må derfor stå klart for utlendingen at han vil bli utvist med innreiseforbud dersom han ikke returnerer innen fristen, og at han selv er ansvarlig for å informere norske myndigheter om at han akter å returnere/har returnert innen fristen. *UDI* mener også det bør fremgå av § 66 første ledd bokstav b hvilke bokstaver i § 90 sjette ledd de ulike tilfellene refererer til. I tillegg foreslår de at forslaget i stedet blir et nytt § 66 andre ledd for å unngå at eksisterende første ledd gis nye benevelser.

*UDI* har tatt til orde for at et vedtak om innreiseforbud kan inngå som en del av et vedtak som avslutter det lovlige oppholdet i Norge:

«Direktivet åpner for at innreiseforbud kan inngå som en del av et vedtak som avslutter et opphold (se også kapittel 1.2.2). Dette innebærer en lovendring som vi ber departementet om å vurdere. *UDI* mener at både hensynet til effektiv saksbehandling og informasjons- og rettsikkerhetshensyn taler for en slik løsning. Søkeren vil med dette bli godt informert og opplyst om konsekvensene av ikke å overholde utreisefristen, og har mulighet til å innrette seg deretter. Selv om søkeren også i dag gis informasjon på et tidlig stadium i saksprosessen om konsekvensen av ikke å overholde en eventuell utreiseplikt, er det UDIs erfaring er mange ikke overskuer konsekvensene før det blir opprettet en utvisningssak. Da har overtredelsen allerede inntruffet, og utlendingen har da uansett liten mulighet til å få vedtaket omgjort. Løsning med å la innreiseforbud inngå som en del av avslaget og returvedtaket vil også kunne føre til at flere vil velge å reise hjem frivillig. *UDI* mener for øvrig at løsningen ikke vil være til hinder for å ta de samme forholdsmessighetsvurderinger som vi gjør i dag.

Allerede i dag fatter *UDI* et tilleggsvedtak ved avslag på søknad om beskyttelse: Bortvisning, jf utlendingsforskriften § 5-3, eller plikt til å forlate riket, jf utlendingsloven § 55. Dette tilleggsvedtaket konstaterer at utlendingen ikke har lovlig opphold og derfor plikter å forlate riket. Det som vil komme i tillegg her, er et innreiseforbud som av kort varighet.

Subsidiært mener UDI at forhåndsvarsel kan inngå som en del av vedtaket som avslutter et opphold...

[...]

Ettersom oversittet utreisefrist vil medføre utvisning, er det viktig at utreiser som faktisk skjer blir registrert i DUF slik at det ikke reises unødvendige utvisningssaker. Dette forutsetter god kontroll hos politiet på utreise. Det må vurderes hvordan en mer systemisert kontroll med overholdelse av fristen for utreise skal organiseres.»

## 9.5 Departementets vurdering

Direktivet regulerer ikke grunnlag for utvisning av tredjelandsborgere generelt, men bare i de to tilfellene som nevnt ovenfor i kapittel 9.1. For øvrig vil det være opp til de nasjonale myndighetene å avgjøre om tredjelandsborgere skal utvises. Således berører returdirektivet utvisning i et begrenset materielt omfang. De tilfellene direktivet faktisk regulerer, kan likevel vise seg å omfatte relativt mange saker.

En sentral forskjell mellom direktivet og norsk rett er at direktivet oppstiller en skal-regel, mens det norske regelverket er fakultativt og avgjørelsen om bruk av utvisning eller ikke tilligger forvaltningens frie skjønn. Konkret vil dette gi seg utslag i de tilfellene som reguleres av direktivet, ved at en oversittet utreisefrist eller unnlattelse av å gi utreisefrist skal ende med et utvisningsvedtak når vedtaksmyndigheten har en slik sak til vurdering. Dette modifiseres noe i artikkel 11 (3), hvor det fremgår at det kan unnlates å ilegge et innreiseforbud av humanitære grunner. Men samlet sett opererer direktivet med en relativt streng utvisningsregel. Bruken av utvisningsinstituttet skal i så måte stimulere til økt bruk av frivillig retur, som også er et bærende hensyn i direktivet.

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

uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, eller hvor utlendingen utgjør en fare for offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser (se nærmere redegjørelse i kapittel 6.5). Det kan presiseres at skal-bestemmelsen kun gjelder hvor det ikke er gitt en utreisefrist i medhold av § 90 sjette ledd bokstav a, b eller c og ikke for de øvrige alternativene (d, e og f) i sjette ledd. Samlet sett medfører forslaget uansett en klart strengere utvisningsregel enn dagens.

Direktivet innebærer således at statene *skal* treffe vedtak om utvisning når de har en sak til behandling hvor vilkårene som er angitt i direktivet artikkel 11 (1) foreligger. Det er kun dersom det vil være uforholdsmessig med utvisning, at vedtaksmyndighetene kan unnlate å treffe et slikt vedtak. I hvilken grad det vil bli opprettet egen utvisningssak overfor personer som oppholder seg ulovlig i Norge og ikke har noen sak til behandling, vil fortsatt være spørsmål som må avgjøres ut fra praktiske avveininger, herunder ressursbetydning.

Den nye bestemmelsen oppretter således en tvungen utvisningsregel som pålegger forvaltningen å utvise når vilkårene er til stede. Graden av tvang modifiseres riktignok av at det ved utvisning må foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dette følger av utlendingsloven § 70, som også vil gjelde for utvisning etter den nye bestemmelsen, jf. § 66 annet ledd. Domstolene kan også prøve forholdsmessighetsvurderingen. Domstolenes alminnelige kontroll med forvaltningen er en legalitetskontroll og ingen hensiktsmessighetskontroll. Når forvaltningen nå mister hensiktsmessighetsskjønnet (kan-skjønnet) ved deler av utvisningsregelverket, vil disse vedtakene samtidig underlegges en full domstolskontroll.

### *Forholdsmessighetsvurderingen ved utvisning*

Som nevnt, skal ethvert vedtak om utvisning etter norsk rett underlegges en forholdsmessighetsvurdering. Flere av høringsinstansene har pekt på at unntakene for skal-regelen i direktivet bør fremgå klarere av lovteksten. Unntakene reguleres i artikkel 11 (3). Bestemmelsen kan fremstå som noe uoversiktlig ved at 11 (3) første og siste paragraf omhandler tilfeller hvor innreiseforbudet kan oppheves eller berostilles. Første og siste paragraf må være unntaksbestemmelser som først kommer til anvendelse i etterkant av at et utvisningsvedtak er fattet. Den reelle unntaksbestemmelsen for når det kan unnlates å fatte et utvisningsvedtak reguleres i tredje ledd som benytter begrepet «refrain». Det er således av humanitære grunner

det kan unnlates å fatte et vedtak. Direktivet definerer ikke nærmere hva humanitære grunner kan være, og det må således overlates en viss skjønnsmargin for medlemsstatene til å definere det materielle innholdet. I tillegg opererer direktivet med en særbestemmelse for ofre for menneskehandel.

Forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett er en innarbeidet rettssikkerhetsgaranti som oppstiller en vesentlig skranke for utvisning. Hvorvidt utvisning er et uforholdsmessig tiltak, beror på en sammensatt vurdering. Viktige momenter i vurderingen er nevnt i Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 281. Departementet fastholder at humanitære grunner, som er direktivets benevnelse, er vel ivarettatt gjennom den forholdsmessighetsvurderingen som foretas ved utvisning. Departementet kan heller ikke se at direktivets unntaksbestemmelse er ment å være videre enn den norske forholdsmessighetsvurderingen, slik at en endring er nødvendig.

UDI reiser spørsmål om artikkel 11 åpner for at vi nærmest på generelt grunnlag kan unnlate å utstede innreiseforbud til enslige mindreårige. Det framgår av artikkel 11 (3) tredje avsnitt at det kan unnlates å utstede innreiseforbud «i individuelle tilfeller.» UDI legger selv til grunn at forholdsmessighetsvurderingen ivaretar direktivets krav til en individuell vurdering ved unntak på grunn av humanitære grunner i artikkel 11 (3). Selv om mindreårige nærmest alltid unntas fra innreiseforbud, vil det derfor kunne sies å ha blitt gjort en konkret individuell vurdering i hver enkelt sak. I tillegg kan artikkel 5 nevnes i denne sammenheng, som pålegger medlemsstaten å vektlegge barnets beste ved gjennomføringen av direktivet. Det fremgår også eksplisitt av utlendingsloven § 70 at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved forholdsmessighetsvurderingen.

Amnesty savner en grundig drøftelse av EMK artikkel 8 i høringsnotatet. Til dette vil departementet påpeke at de vurderinger som gjøres etter EMK artikkel 8, er fullt ut ivarettatt ved forholdsmessighetsvurderingen. Det er således ikke behov for en grundig drøftelse i denne sammenheng.

På denne bakgrunn anses adgangen til å unnlate å fatte vedtak når det er uforholdsmessig, å være i samsvar med «humanitære grunner» i artikkel 11 (3). Departementet mener derfor at direktivet ikke vil kreve en endring av forholdsmessighetsvurderingen i norsk rett.

### *Innreiseforbudets lengde*

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

Departementet foreslo i høringsrunden å endre utlendingsloven § 71 annet ledd slik at direktivets hovedregel om innreiseforbudets lengde fremgår av loven. Departementet har imidlertid kommet til at begrensningen på fem år bør gjennomføres ved forskriftsendring fremfor endring i lovs form. Endring av utlendingsforskriftens § 14-2, som regulerer lengden på et innreiseforbud, vil således utarbeides innen gjennomføringsfristen til direktivet.

Endelig ønsker departementet å åpne for utvisning med bare ett års innreiseforbud. I utlendingsloven § 71 annet ledd ble det innført en regel om å ikke ilegge innreiseforbud for kortere tidsrom enn to år. Det ble anført at utvisning er en alvorlig reaksjon, og hvis myndighetene mener at det ikke er grunn til å reagere med utvisning for minimum to år, bør utvisning unnlates og det bør eventuelt velges en annen reaksjon.<sup>15</sup> Denne begrunnelsen er ikke lenger av samme relevans som følge av direktivets nokså lave terskel for å fatte vedtak om utvisning. Som nevnt medfører direktivet at utlendinger kan utvises selv etter få dagers ulovlig opphold, eller hvor en utreisefrist ikke gis. Det synes derfor rimelig at det også kan vurderes å ilegge innreiseforbud med ett års varighet i tilfeller hvor alvorlighetsgraden på bruddet ligger i nedre sjikt. På denne bakgrunn ble det i høringsnotatet foreslått å stryke «men ikke for et kortere tidsrom enn to år» i utlendingsloven § 71 andre ledd, slik at det kunne ilegges ett års innreiseforbud. Departementet har merket seg UDI og UNEs merknad om at også grensen på ett år bør komme eksplisitt til uttrykk i lovbestemmelsen. Departementet foreslår derfor å endre fra «to år» til «ett år» i utlendingsloven § 71 annet ledd annet punktum, slik at innreiseforbud med ett års varighet kan ilegges.

### *Praktiske utfordringer*

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

<sup>15</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 294.

utvisning etter dagens ordning måtte fattes etter et bortvisningsvedtak, eller et ordinært avslagsvedtak.

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

UDI foreslår at forhåndsvarsel om utvisning kan gjøres samtidig med vedtak som fastsetter en periode for frivillig retur i medhold av loven § 90 sjette ledd. Departementet viser til at denne problemstillingen vil være en del av den praktiske utfordringen med å praktisere regelverket som ikke krever noen endring i utlendingsloven. Det kan imidlertid være aktuelt å endre utlendingsforskriften, og departementet vil komme tilbake til problemstillingen i arbeidet med forskriftsendringer som følge av returdirektivet.

#### *Opphevelse og midlertidig berostillelse av innreiseforbudet*

Direktivet pålegger medlemsstatene å vurdere opphevelse av innreiseforbud hvor utlendingen har overholdt et returvedtak. Utlendingen må imidlertid være utvist etter utlendingsloven § 66 første ledd, jf. direktivet artikkel 11 (1) annet ledd. Direktivet binder imidlertid ikke medlemsstatene i selve avgjørelsen av om et innreiseforbud skal oppheves.

Flere av høringsinstansene har påpekt at unntaksbestemmelsen i 11 (3) bør komme tydelig frem i norsk lov. Artikkel 11 (3) åpner for at et innreiseforbud kan oppheves eller berostilles midlertidig. Dette skal skje dersom utlendingen kan demonstrere at han har reist ut av riket innen en gitt utreisefrist, av humanitære grunner eller i særlige tilfeller av andre grunner.

Det må være tilstrekkelig at vurderingen foretas etter en søknad og ikke av eget initiativ fra forvaltningens side. Utlendingsloven § 71 annet ledd, hvor et innreiseforbud kan oppheves etter søknad dersom nye omstendigheter tilsier det, vil være i overensstemmelse med direktivets krav. Eventu-

elt kan det også være aktuelt å omgjøre et vedtak, dersom vedtaket er ugyldig. UDI vurderer opphevelse av innreiseforbud eller adgang til riket for kortvarig besøk i første instans. Vedtaket kan påklages til UNE.

#### *Konsekvenser for utvisning som følge av begrenset anvendelsesområde for direktivet*

Departementet foreslår i kapittel 4.2.4 å begrense direktivets anvendelsesområde i medhold av artikkel 2. Konsekvensen er at utlendinger som utvises på grunn av straffbare handlinger, ikke omfattes av direktivets bestemmelser. Av utvisningsbestemmelsene som knytter seg til grunnlaget for utvisning, er det således bare utlendingsloven § 66 bokstav a, d og f som faller innenfor direktivets anvendelsesområde. De øvrige bestemmelsene som danner grunnlag for utvisning, faller utenfor direktivets anvendelsesområde. Utlendingsloven §§ 67 og 68 kan også unntas som følge av at utlendingene i utgangspunktet har lovlig opphold i riket på vedtakstidspunktet, i tillegg til at direktivet ikke omfatter tredjelandsborgere som er utvist på grunn av straff, jf. artikkel 2.

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

#### *Avsluttende bemerkninger*

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

Flere av høringsinstansene har tatt opp at et eventuelt innreiseforbud ikke bør ilegges av den grunn at utlendingen etter tilbakekomsten kan utsettes for forhold som kan gjør at vedkommende får krav på internasjonal beskyttelse. Et innreiseforbud kan således forhindre at vedkommende, nå med et beskyttelsesbehov, får reise inn i Europa. Til dette vil departementet vise til artikkel 11 (5) som eksplisitt viser til at direktivets bestemmelser om innreiseforbud ikke påvirker retten til internasjonal beskyttelse. I tillegg vil et ilagt innreiseforbud ikke avskjære en utlendings mulighet til å søke asyl i Norge på et senere tidspunkt, selv innenfor innreiseforbudets virketid.

## 10 Gjennomføring av direktivets regler om rettssikkerhetsgarantier – Artikkel 12, 13 og 14

### 10.1 Direktivet

---

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

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

Det følger av direktivet artikkel 13 (4) at: «Medlemsstatene skal sørge for at det på anmodning gis nødvendig kostnadsfri juridisk bistand og/eller representasjon i samsvar med relevant nasjonal lovgivning eller regler om rettshjelp.» Bestemmelsen innebærer forpliktelser med hensyn til fri rettshjelp ved retur av utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket. Ordlyden angir imidlertid ikke konkret hvilke forpliktelser som følger av direktivet.

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

### 10.2 Gjeldende rett

---

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

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

Den norske rettshjelpordningen er hjemlet i lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) og i utlendingsloven. Det vises til utlen-

dingsloven § 42 femte ledd første punktum der det fremkommer at utlendingen har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker om blant annet bortvisning og utvisning.

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

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

### 10.3 Departementets høringsnotat

---

Departementet anså at de rettssikkerhetsgarantiene som er nedfelt i direktivet allerede er ivarettet i norsk rett, og at gjennomføring av direktivet ikke nødvendigvis gjør endringer i norsk lov på dette området.

### 10.4 Høringsinstansenes syn

---

UDI er enig i at det vil være tilstrekkelig å konstatere rettsharmoni mellom direktivet og norsk lov når det gjelder rettssikkerhetskravene. *Advokatforeningen* støtter også departementets vurderinger, og er enig i at de angitte minstestandarder allerede følger av norsk rett.

På ett punkt er imidlertid *Advokatforeningen* uenig. De mener ordlyden i artikkel 13 (4) gir en klar forpliktelse til å gi fri rettshjelp. Nasjonal lovgivning er ikke i overensstemmelse med dette, og må derfor endres. Rettshjelploven må derfor endres slik at straffedømte utlendinger som varsles om utvisning også gis fri rettshjelp. *Juss-Buss* mener også at direktivet må fortolkes slik at utlendingen

ger som utvises på grunn av straffbare handlinger må sikres fri rettshjelp.

UDI presiserer for ordens skyld at det ikke oppstilles noe krav til skriftlig oversettelse av vedtak, jf. artikkel 12 (2). Praksis i dag er muntlig oversettelse ved hjelp av advokat. UDI vurderer det slik at denne formen kan benyttes også etter implementering av direktivet.

## 10.5 Departementets vurdering

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

Departementet mener imidlertid at de rettsikkerhetsgarantiene som er nedfelt i direktivet allerede er ivaretatt i norsk rett, og at gjennomføring av direktivet ikke nødvendiggjør noen endringer i norsk lov på dette punktet, herunder mht. klageadgang. For øvrig vises det til drøftelsen ovenfor om klageadgangen på beslutninger om frivillig retur under kapittel 6.5.

Artikkel 13 (4) regulerer fri rettshjelp ved retur av utlendinger som oppholder seg ulovlig i riket. Ordlyden angir imidlertid ikke konkret hvilke forpliktelser som følger av direktivet.

Departementet mener at den norske rettshjelpordning, slik den følger av lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven) og utlendingsloven, er i overensstemmelse med direktivet. Det vises til utlendingsloven § 92 første ledd første punktum der det fremkommer at utlendingen har rett til fritt rettsråd uten behovsprøving i saker om blant annet bortvisning og utvisning.

Det er gjort unntak fra den ubetingede retten til fritt rettsråd uten behovsprøving der utlendingen

er utvist på bakgrunn av at vedkommende er domfelt for en straffbar handling, jf. utlendingsloven § 92 første ledd annet punktum. I disse sakene kan det imidlertid unntaksvis gis rettshjelp etter den generelle regelen i rettshjelploven § 11 tredje ledd om behovsprøvd rettshjelp i uprioriterte saker.

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

Advokatforeningen og Juss-Buss mener begge direktivet må gi en ubetinget rett til fri rettshjelp ved utvisning på grunn av straffbare handlinger. Til dette vil departementet bemerke at en slik rett ikke kan utledes av direktivet. For det første kommer ikke direktivet til anvendelse for denne persongruppen, jf. unntaksbestemmelsen i artikkel 2 (2) (b), se kapittel 4.2.4. Dersom direktivet hadde kommet til anvendelse i slike tilfeller, ville det uansett ikke gitt en slik rett da direktivet ikke omtaler illeggelse av innreiseforbud på grunn av straff i noen sammenheng.

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

Utlendingsloven § 92 første ledd innehar imidlertid en henvisning til utvisningsbestemmelsen i § 66. Som følge av at det opprettes et nytt annet ledd i § 66 må også § 92 første ledd endres. I utlendingsloven § 92 første ledd annet punktum inntas «første ledd» etter henvisningen til § 66. Det presiseres dermed at retten til fritt rettsråd ikke gjelder i utvisningssaker i henhold til § 66 første ledd bokstav b og c.

Når det gjelder artikkel 14 og retten til helsehjelp, vises det til den generelle omtalen av retten til helsehjelp i kapittel 4.5.5.



## 11 Gjennomføring av direktivets regler om frihetsberøvelse – Artikkel 15

### 11.1 Artikkel 15

#### 11.1.1 Direktivet

I følge direktivet artikkel 15 kan en tredjelandsborger som skal returneres bare holdes i fengslig forvaring for å forberede selve returen og/eller for å gjennomføre uttransporteringen, og bare hvis andre men mindre inngripende tiltak ikke kan benyttes effektivt i det aktuelle tilfellet. Det gjelder særlig når det er en fare for unndragelse, når tredjelandsborgeren unnlater å samarbeide, eller hindrer forberedelsen til en retur eller selve uttransporteringen.

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

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

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

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

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

#### 11.1.2 Gjeldende rett

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

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

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

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

For øvrig vil lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1981 nr. 25 §§ 174 til 191 gjelde så langt de passer, jf. henvisningen i utlendingsloven § 106 andre ledd. Det følger blant annet av straffeprosessloven § 185 siste ledd at dersom retten på noe tidspunkt finner at etterforskningen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetekt ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.

Straffeprosessloven § 174 krever at personer under 18 år ikke bør pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd. Fengsling av barn skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 b.

#### 11.1.3 Departementets høringsnotat

Departementet foreslo i høringsnotatet å innføre en absolutt skranke for fengsling utover 18 måneder hvor utlendingen fengsles som ledd i en returprosess. I tillegg ble det påpekt at direktivet vil legge begrensninger på fengsling utover 6 måneder. Begrensningene ble foreslått inkorporert i

«særlige grunner» i utlendingsloven § 106, som skal vurderes dersom fengslingstiden overstiger 12 uker. Det ble foreslått at Kongen i forskrift kan gi regler om hva som skal anses å være særlige grunner etter utlendingsloven § 106 tredje ledd.

Høringsinstansene ble videre spurt om det var et praktisk behov for å sondre mellom «rene» identitetsfengslinger og identitetsfengslinger som ledd i forberedelsen av en retur. Identitetsfengslinger som ledd i forberedelsen av en retur ble ansett å falle innenfor direktivets anvendelsesområde og således underlagt tidsbegrensningene i direktivet.

#### 11.1.4 Høringsinstansenes syn

*PU, Oslo politidistrikt og POD* mener at en tidsbegrensning på 18 måneder ved frihetsberøvelse med åpning for visse unntak, er hensiktsmessig. *PU* opplyser at det er svært uvanlig med fengslinger med varighet over 18 måneder.

*Amnesty, NOAS og UNHCR* mener at muligheten for å fengsle utlendinger for uttransportering ikke kan omfatte sårbare personer, jf. artikkel 3(9) i direktivet. Disse gruppene må derfor unntas fra reglene om utvisning og fengsling i forbindelse med retur.

*Amnesty* uttaler om fengslingstidens lengde:

«AIN mener det er urovekkende at det åpnes for at personer kan sitte innesperret i 18 måneder i forbindelse med retur. Fengsling i en så lang periode kan vanskelig bli proporsjonal sett i sammenheng med utlendingens handlinger. I mange tilfeller vil det heller ikke være nødvendig for returarbeidet at personen det gjelder sitter fengslet. AIN mener også at de forhold som kan begrunne unntak fra utgangspunktet om fengsling i 12 uker, nemlig at utlendingen ikke samarbeider eller at det er forsinkelser i fremskaffelsen av nødvendig informasjon fra et tredjeland, ikke er sterke nok grunner til å fengsle en person i opptil 18 måneder. Forsinkelser i informasjon fra tredjeland er et svært vagt grunnlag for fengsling. Det er dessuten urovekkende at en prosess som utlendingen selv ikke nødvendigvis har innvirkning på, skal være grunnlag for fengsling.»

*Den norske kirke* uttaler seg i samme retning:

«Den norske kirke er generelt tilbakeholden med å anerkjenne bruk av fengsling annet enn i korte perioder og i særlige tilfeller. Det er derfor viktig at definisjonen av unndragelsesfare er snever og presis. En fengslingsperiode på 18 måneder er lang

tid, og etter Den norske kirkes skjønn kan mange personer også bli rammet av mulige unntaksbestemmelser som åpner for fengsling utover 18 måneder, for eksempel ved mistanke om falsk identitet.»

Når det gjelder departementets forslag om å regulere direktivets skranke for fengsling utover 6 måneder gjennom «særlige grunner» i en ny forskriftbestemmelse, reagerer både *UDI* og *Utenriksdepartementet* på dette. *PU* er positiv til at det gis adgang til å gi nærmere regler om særlige grunner i utlendingsforskriften.

*UDI* mener at dette ikke i tilstrekkelig grad ivaretar direktivets grense på seks måneder i artikkel 15 (5). Både rettssikkerhetshensyn og informasjonshensyn tilsier at direktivets skranke for fengsling tas direkte inn i loven.

*Utenriksdepartementet* uttaler:

«Utenriksdepartementet kan derimot ikke slutte seg til den foreslåtte gjennomføringsbestemmelse i utlendingsloven § 106 tredje og fjerde ledd. Direktivets artikkel 15 om frihetsberøvelse pålegger klare forpliktelser for nasjonale myndigheter. Artikkel 15 (5) fastsetter at frihetsberøvelse kan anvendes for en nærmere angitt periode begrenset til seks måneder, når vilkårene i paragraf (1) er oppfylt. Et tillatt hensyn er unndragelsesfare, som foreslås lovfestet i ny § 106 a. Paragraf (6) gir mulighet for å forlenge den perioden som er fastsatt i samsvar med paragraf (5) med inntil 12 måneder dersom ett av vilkårene i bokstav (a) eller (b) er oppfylt. Det er derfor bare når utlendingen ikke samarbeider om gjennomføring av retur eller når det tar lenger tid å motta nødvendig dokumentasjon fra hjemlandet at frihetsberøvelse ut over seks måneder kan anvendes. Så langt direktivet får anvendelse bør derfor utlendingslovens § 106 innrettes slik at disse forpliktelsene blir ivarettat.»

*NOAS* påpeker at unntaket for å fengsle utover 6 måneder i direktivet, som omhandler fremskaffelse av dokumenter, potensielt kan omfatte et større antall personer. Det vil ofte være uforholdsmessig at en person som det av ulike grunner ikke vil være mulig å fremskaffe nødvendig dokumentasjon på, risikerer å bli fengslet for en periode på 18 måneder.

I høringsnotatet spurte departementet høringsinstansene om det foreligger praktisk behov for å sondre mellom «rene» identitetsfengslinger og identitetsfengslinger som ledd i forberedelsen av en retur. *PU, UDI* og *NOAS* kan ikke se at det er behov for et slikt skille. *PU* påpeker at det fore-

ligger et begrenset behov for å fengsle i saker som i notatet beskrives som «rene» id-fengslinger, jf. blant annet de skranker som følger av utlendingsforskriften 17-7 annet ledd for ID-etterforskning av utlendinger med lovlig opphold.

PU uttaler videre:

«Selv om fengsling etter utlendingsloven § 106 første ledd bokstav a og b er begrunnet i to ulike formål, vil det ofte være en glidende overgang mellom identitetsfengslinger og iverksettelsesfengsling. De sakene PU har etter § 106 første ledd bokstav a vil alltid være som ledd i en returprosess og det ID-arbeidet som nedlegges i disse sakene er for å sikre en snarlig uttransport etter at utlendingens identitet er brakt på det rene. Dette tilsier igjen at de fengslingssakene PU har etter denne bestemmelsen vil være omfattet av direktivets anvendelsesområde.»

*Redd Barna* legger til grunn at i de tilfellene der mindreårige fengsles, enten alene eller sammen med sin familie vil den tidsbegrensningen på 18 måneder som oppstilles for fengsling og pågripelse ikke ha praktisk betydning for barnet. De fremhever at fengsling av barn skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom, jf. barnekonvensjonen artikkel 37 b. Fengsling av barn vil også raskt være uforholdsmessig, jf. straffeprosessloven § 174. Endelig påpeker *Redd Barna* at begrensningene for fengsling av barn fremgår av barnekonvensjonen og kan ikke erstattes med en fastsatt maksimumsgrense i returdirektivet.

### 11.1.5 Departementets vurdering

#### *Innledning*

Pågrepelse og fengsling av utlendinger i effektueringsøyemed er et viktig virkemiddel for å sikre uttransportering av utlendinger som ikke reiser frivillig. I 2009 fengslet Oslo tingrett 575 utlendinger etter begjæring fra PU.<sup>16</sup> Dette omfatter både fengsling for å klarlegge identitet og fengsling for å sikre iverksetting.

Direktivets fengslingsbestemmelse omhandler i utgangspunktet kun utlendinger som skal returneres. Utlendingsloven opererer som nevnt ovenfor med tre selvstendige grunnlag for å fengsle utlendinger. Den første hjemmelen åpner for fengsling av utlendinger som oppgir falsk iden-

titet, mens de to andre omhandler iverksetting av vedtak og fremskaffelse av reisedokument.

Departementet viser for øvrig til den politiske plattformen for flertallsregjeringen, hvor regjeringen vil åpne for at det også kan benyttes frihetsberøvelse ved rettens kjennelse i utsendelsesprosessen overfor personer som begår kriminelle handlinger og personer som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Departementet har sendt på høring et eget forslag om dette.

#### *Vilkår for fengsling*

Direktivets artikkel 15 regulerer adgangen til å ha regler om frihetsberøvelse av en tredjelandsborger som er i en returprosess, og frihetsberøvelse kan bare skje for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, jf. artikkel 15 (1), innledningen:

«Med mindre andre tiltak som er tilstrekkelige men innebærer mindre tvang, kan anvendes effektivt i en konkret sak, kan medlemsstatene frihetsberøve en tredjelandsborger som skal returneres, men bare for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen (...).»

At frihetsberøvelse må skje «for å» («in order to») forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, innebærer en snevrere adgang til frihetsberøvelse enn den som følger av EMK artikkel 5 nr. 1 bokstav f, hvor forutsetningen etter Menneskerettsdomstolens praksis bare er at det pågår en aktiv utsendelsesprosess («en person som det treffes tiltak mot med sikte på utsendelse eller utlevering»).

I artikkel 15 nr. 1 bokstav a og b er det gjort en tilføyelse om at frihetsberøvelse for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, «særlig» skal kunne skje når: «a) det foreligger fare for unndragelse, eller b) den berørte tredjelandsborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av returen eller uttransporteringen.»

Gjennom bestemmelsen i utlendingsloven § 106 første ledd bokstav b er det allerede adgang til frihetsberøvelse i situasjoner med unndragelsesfare. Videre er det gjennom § 106 første ledd bokstav a og c åpnet for frihetsberøvelse når «utlendingen nekter å oppgi sin identitet, eller det er skjellig grunn til å mistenke at utlendingen oppgir falsk identitet» og i situasjoner hvor «utlendingen ikke gjør det som er nødvendig for å oppfylle plikten til å skaffe seg gyldig reisedokument, og formålet er å fremstille utlendingen for det aktuelle

<sup>16</sup> Se Årsmelding 2009 for Politiets utlendingsenhet s. 23. I 2008 var det tilsvarende tallet 366.

lands utenriksstasjon for å få utstedt reisedokument».

I hvilken utstrekning et slikt fengslingsgrunnlag som formulert i direktivet artikkel 15 (1) bokstav b vil kunne gi adgang til frihetsberøvelse ut over de tilfeller som dermed er omfattet av § 106, fremstår som tvilsomt. Tydelighet er sentralt når det gjelder formulering av fengslingsbestemmelser, og departementet anser at den konkretisering av fengslingsgrunnlaget som allerede er gitt i § 106 første ledd bokstav a og c, ikke bør erstattes av formuleringen i direktivet artikkel 15 (1) bokstav b. Departementet mener imidlertid at det bør tydeliggjøres i den nye bestemmelsen i lovforslaget § 106 a om momenter for å vurdere unndragelsesfare, at det skal kunne anses som et relevant moment dersom utlendingen «unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av returen eller uttransporteringen.» Det forhold at utlendingen ikke samarbeider om å få til en frivillig retur, vil etter en slik bestemmelse kunne tillegges vekt når man vurderer faren for unndragelse, men vil ikke i seg selv kunne være tilstrekkelig for frihetsberøvelse. Forslaget til bestemmelse samsvarer med høringsforslaget og ingen høringsinstanser har hatt innvendinger mot dette.

#### *Perioden for fengslig forvaring*

Når det gjelder selve fengslingsperioden må det innføres en tidsbegrensning som følge av direktivet. Fengsling skal i utgangspunktet ikke overstige 6 måneder. Denne første perioden kan i så henseende sammenlignes med 12 ukers-fristen som utlendingsloven opererer med. Etter den gamle utlendingsloven kunne en utlending ikke holdes i fengslig forvaring lenger enn 6 uker i effektueringsøyemed. Det ble imidlertid ansett å være et behov for fengsling ut over både 6 og 12 uker ved iverksetting av vedtak ved vurderingen av ny utlendingslov.<sup>17</sup> Departementet foreslo i høringsnotatet om gjennomføringen av returdirektivet å videreføre utgangspunktet i utlendingsloven om at fengsling ikke kan overstige 12 uker med mindre det foreligger særlige grunner. Men på direktivets område betyr det at fengsling utover 12 uker kun kan skje dersom det er manglende samarbeid fra utlendingens side, eller forsinkelser i fremskaffelsen av nødvendig dokumentasjon fra et tredjeland.

For å tilfredsstillere direktivets krav i denne sammenheng, foreslo departementet å innta som et nytt fjerde ledd i utlendingsloven § 106 en bestem-

melse om at Kongen kan gi nærmere regler om innholdet i særlige grunner etter tredje ledd. Forskriftsbestemmelsen skulle inneholde en presisering av at ett av direktivets to grunnvilkår i artikkel 15 (6) (a) og (b) må foreligge for å fengsle utover 12 uker innenfor direktivets anvendelsesområde.

Utenriksdepartementet og UDI har begge tatt til orde for at unntaksbestemmelsen for å overstige 6 måneder i artikkel 15 (6) (a) og (b) bør reguleres i lovs form. Departementet er enig i at gode grunner kan tale for å regulere dette i loven og ikke i forskrift. Vilkårene for frihetsberøvelse må sies å være av en slik inngripende karakter at de bør fremgå av loven.

Departementet forslår derfor å presisere i nytt annet punktum i § 106 tredje ledd at fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse bare kan overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter.

Når det gjelder selve vilkårene i artikkel 15 (6) vil det ved vurderingen av om utlendingen samarbeider, foretas en totalvurdering av utlendingens samlede handlingsmønster. Typiske tilfeller vil være hvor utlendinger ikke samarbeider med politiet i dets bestrebelser på å få gjennomført en retur. Særlig vil dette gjelde fremskaffelse av reisedokumenter, kartlegging av korrekt identitet og øvrig informasjon av verdi for politiet.

Det andre vilkåret, bokstav b, er ved forsinkelser i fremskaffelsen av nødvendige dokumenter fra et land utenfor EU.<sup>18</sup> Dette vil omfatte både hjemlandet og eventuelt andre land som bistår i fremskaffelsen av de nødvendige dokumenter. Politiet må på sin side overholde sin aktivitetsplikt etter straffeprosessloven § 185 siste ledd. Politiet vil til enhver tid være prisgitt saksbehandlingstiden ved andre lands ambassader og utlendingsmyndigheter for å få utstedt nødvendige reisedokumenter og det er således nødvendig med en fengslingsadgang som tar høyde for dette. Samtidig vil det i denne sammenheng være en balansegang mellom forholdsmessighetsvurderingen i utlendingsloven § 90 og sannsynligheten for å få innhentet de nødvendige dokumenter innen rimelig tid. Denne avveiningen må rent konkret utøves av domstolen i hvert enkelt tilfelle.

Et annet spørsmål som må vurderes er om Norge fullt ut bør utnytte direktivets tidsramme på 6 måneder, eller om begrensningene i fengslingsad-

<sup>17</sup> Se Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 365-366.

<sup>18</sup> «Tredjeland» etter direktivets terminologi. I lovforslaget her er formuleringen «et annet lands myndigheter» benyttet.

gangen allerede skal inntreffe etter 12 uker. Som kjent foretar domstolen i dag en prøving av om særlige grunner foreligger etter utlendingsloven § 106 etter 12 uker. Departementet har kommet til at direktivets begrensning bør inntreffe allerede etter 12 uker i norsk rett. Begrunnelsen er at de materielle vurderinger som foretas etter 12 uker i dag, materielt sett ligger tett opptil de materielle vilkårene i direktivet. Det vil i så måte være uhensiktsmessige å oppstille en prøving av særlige grunner etter 12 uker, for så å foreta en ny prøving av direktivets vilkår etter 6 måneder.

Videre må det innføres en absolutt grense for fengsling som følge av direktivet artikkel 15 (6). Departementet foreslår å sette denne til 18 måneder, i tråd med direktivet bestemmelse. Det foreslås derfor å tilføye i § 106 tredje ledd at fengsling uansett ikke kan overstige 18 måneder. Flere av høringsinstansene har uttalt at 18 måneder er lang tid. Til dette vil departementet bemerke at fengsling av en slik varighet må høre til de sjeldne unntakstilfellene. Det er i dag ingen absolutt tidsbegrensning i norsk rett og direktivet vil således stramme inn muligheten for langvarige fengslinger i det norske regelverket.

Direktivet vil imidlertid ikke sette en skranke for fengsling utover 18 måneder i tilfeller som ikke faller innenfor direktivets anvendelsesområde. Dette åpner blant annet for å fengsle utlendinger som er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Begrensningen på 18 måneder gjelder for så vidt heller ikke for utlendinger som oppholder seg lovlig i riket, da direktivet kun omfatter tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig i Norge.

Departementet anser det som hensiktsmessig å benytte muligheten til utvidet fengsling for utlendinger som er ilagt straff. Det foreslås derfor en presisering i lovbestemmelsen om at fengsling ikke kan overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Utlendingen må således være utvist for det straffbare forholdet for at unntaket kommer til anvendelse. I rene unntakstilfeller vil det oppstå et behov for fengsling utover 18 måneder og forslaget legger til rette for en slik adgang når returdirektivet ikke kommer til anvendelse.

Departementet ønsker å fremheve at utgangspunktet fremdeles vil være at fengsling som hovedregel ikke kan overstige 12 uker, med visse unntak. Det videre utgangspunkt vil være en absolutt begrensning på 18 måneder, men igjen med visse unntak.

Lovforslaget som ble sendt på høring inneholdt en unntaksbestemmelse for fengsling utover 18 måneder når en utlending har lovlig opphold

og utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser. Departementet har sendt på høring et separat forslag om fengsling av utlendinger som er i en utsendelsesprosess og som utgjør en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser, og fengslingstidens lengde for denne persongruppen vil bli behandlet i dette forslaget. Når det gjelder forholdet mellom returdirektivet og grunnleggende nasjonale interesser, vises det til den generelle omtalen under kapittel 2.3 om den EU-rettslige forankringen.

### *Rene identitetsfengslinger*

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

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

Utenriksdepartementet legger til grunn at direktivet bare omfatter frihetsberøvelse som er nødvendig i forbindelse med gjennomføring av retur av personer som ikke har lovlig opphold. De påpeker at en asylsøker ikke kan anses å ha ulovlig opphold og faller således utenfor direktivets virkeområde. Departementet vil tilføye at så snart en asylsøker får avslag på sin søknad om asyl har vedkommende ulovlig opphold og vil i utgangspunktet falle inn under direktivets anvendelsesområde.

Videre må artikkel 15 i returdirektivet tolkes som en bestemmelse som gir tredjelandsborgere et vern mot vidtgående nasjonale fengslingsbestemmelser. Den begrenser på denne måten medlemsstatenes mulighet til å oppstille andre grunnlag for fengsling når formålet med fengslingen er å tilbakesende en tredjelandsborger. Bestemmelsen, og vernet en tredjelandsborger nyter i denne sammenheng, kan imidlertid ikke strekke lenger enn hva formålet foreskriver. Dette betyr at når man er utenfor en returprosedyre, kan medlemsstatene fritt oppstille andre grunnlag for frihetsberøvelse enn direktivets.

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

Departementet mener samtidig at identitetsfengslinger mens en utlending oppholder seg ulovlig i Norge og skal returneres, omfattes av direktivet artikkel 15. Formålet med en slik fengsling vil være å sikre en retur. Identitetsarbeidet er en helt sentral del av returarbeidet og en norsk fengslingsadgang ved falsk identitet som isoleres fra returdirektivets anvendelse ville være en omgåelse av direktivet.

På denne bakgrunn konkluderer departementet med at identitetsfengslinger, både kan falle innenfor og utenfor direktivets anvendelsesområde, avhengig av motivet for fengsling.

I høringsnotatet ba departementet således høringsinstansene om å belyse et eventuelt behov for å sondre mellom «rene» identitetsfengslinger og identitetsfengslinger som ledd i forberedelsen av en retur. Den praktiske konsekvensen av at identitetsfengslinger omfattes av direktivet, vil først og fremst være at den absolutte tidsbegrensningen på 18 måneder også vil gjelde for slik fengsling for å avklare identitet. Verken utlendingsloven 1988 eller utlendingsloven 2008 opererer med en absolutt tidsbegrensning ved identitetstvil. I tillegg vil begrensningen i fengsling utover 6 måneder komme til anvendelse.

Høringsinstansene har imidlertid ikke uttrykt et behov for en slik sontring. PU, UDI og NOAS uttaler at de ikke kan se at det er behov for et slikt skille. PU mener det foreligger et begrenset behov for å fengsle i saker som i notatet beskrives som «rene» id-fengslinger, jf. bl.a. de skranker som følger av utlendingsforskriften § 17-7 annet ledd for ID-etterforskning av utlendinger med lovlig opphold. PU kjenner kun til en sak de senere år hvor det har vært snakk om en fengslingsperiode av en slik varighet og saken er inntatt i Rt. 2009 side 797.

Departementet foreslår på denne bakgrunn å innføre en absolutt tidsbegrensning på 18 m

der for fengsling ved identitetstvil. Det vil imidlertid være adgang for fengsling utover 18 måneder når utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon.

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

## 11.2 De øvrige fengslingsbestemmelser – Artikkel 16 og 17

### 11.2.1 Direktivet

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

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

### 11.2.2 Gjeldende rett

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

### 11.2.3 Departementets høringsnotat

Departementet anså at direktivet artikkel 16 og 17 allerede var tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett.

### 11.2.4 Høringsinstansenes syn

*Juss-Buss* anfører at rettighetene til barn og familier ved frihetsberøvelse blir nærmere presisert.

NOAS mener det må skilles klart mellom de som fengsles i forbindelse med retur og andre innsatte og de fremhever at det ikke er tilstrekkelig å fastslå at det norske regelverket allerede er godt nok.

UDI uttaler:

«UDI mener at direktivets begrepsbruk *forholdene under frihetsberøvelsen* ikke samsvarer med departements bruk av ordet fengslingsomstendigheter. Formålet i direktivet er at fengsel ikke skal benyttes i tilfeller hvor frihetsberøvelse er nødvendig. De som skal returneres skal adskilles fra innsatte i ordinære fengsler. Verken materiell rett, eller rent faktisk, kan vi se at Norge tilfredsstiller direktivets krav etter artikkel 16 (1).

Det er riktig at ordlyden i utlendingsloven § 107 om at utlendingsinternat som hovedregel skal benyttes, kan anses å være i overensstemmelse med ordlyden i 16 (1) første setning. Men utlendingsloven angir ikke i hvilke tilfeller det kan gjøres unntak og hvordan fengslingsomstendighetene da skal være. Etter vår vurdering pålegger direktivet medlemslandene en forpliktelse til å holde utlendingen adskilt fra innsatte i ordinære fengsler dersom hovedregelen om utlendingsinternat fravikes. Med kun ett utlendingsinternat, er det etter UDIs mening fare for at plassering i fengsel ikke bare vil skje unntaksvis. UDI foreslår at direktivets 16 (1) andre setning kommer til uttrykk i utlendingsloven.»

UDIs forslag til nytt første ledd annet punktum i utlendingsloven § 107 (evt nytt tiende ledd):

«Dersom plass i utlendingsinternat ikke er tilgjengelig, og det er nødvendig å plasserer utlendingen i ordinært fengsel, skal utlendingen som hovedregel holdes adskilt fra vanlige innsatte».

Hvis forholdene er ekstraordinære og det er et usedvanlig stort antall utlendinger som skal sendes ut, hjemler direktivets artikkel 18, som omhandler akutte situasjoner, en adgang til å treffe beslutninger som avviker fra kravene i artikkel 16 (1).

Advokatforeningen foreslår å endre utlendingsloven § 107 slik at det fremgår at utlendingen, i de tilfeller vedkommende ikke plasseres på Trandum utlendingsinternat, ikke settes i fengsel sammen med tunge kriminelle. For øvrig anser advokatforeningen at artikkel 16 og 17 ikke foranlediger øvrige endringer i utlendingsloven.

PU uttaler:

«For øvrig slutter vi oss til at forholdene ved Politiets utledningsinternat og det regelverket som regulerer oppholdet ved internatet tilfredsstiller direktivets artikkel 16 og 17. Vi er også enig i at det ikke kan legges en bokstavfortolkning til grunn mht. atskillelse ved overføring til kriminalomsorgen.»

### 11.2.5 Departementets vurdering

Det norske regelverket knyttet til forholdene under fengslingsoppholdet har nylig vært gjenstand for en bred endringsprosess. Departementet fastholder sin vurdering om at dagens norske regler er i samsvar med direktivet.

Juss-Buss har i sin høringsuttalelse anført at rettighetene til barn og familier ved frihetsberøvelse bør presiseres nærmere. Som kjent, regulerer utlendingsloven § 106 fengslingsadgangen i norsk rett. Bestemmelsen sonderer ikke mellom barn og voksne. Straffeprosessloven § 174 gjelder også ved fengsling i medhold av utlendingsloven og innskrenker muligheten til å pågripe barn under 18 år til tilfeller hvor det er særlig påkrevd. I tillegg vil fengsling av barn raskt kunne innebære et uforholdsmessig inngrep etter utlendingsloven § 99. Utlendingsinternatforskriften § 3 presiserer at ved alle beslutninger og handlinger som berører barn som oppholder seg på internatet, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Departementet er således av den oppfatning at direktivet artikkel 16 og 17 er tilstrekkelig ivare tatt i norsk regelverk. Når det gjelder retten til helsehjelp i artikkel 16 (3), vises det til den generelle omtalen av retten til helsehjelp i kapittel 4.5.5.

### Fengslingssted

UDI har tatt opp fortolkningen av artikkel 16 (1) og argumenterer for en lovendring for å sikre at utlendinger som hovedregel holdes adskilt fra vanlige innsatte i fengslene.

Norge har ett utlendingsinternat, Politiets utlendingsinternat på Trandum. Pågripelse skjer ofte i distriktene og overføring kan i enkelte sammenhenger ta noe tid, eller være uhensiktsmessig.

Bestemmelsen i direktivet artikkel 16 (1) må fortolkes i lys av direktivets formål. Da Norge tok tolkningen av denne bestemmelsen opp med Kommisjonen 8. mai 2009<sup>19</sup>, ble det gitt uttrykk for at det sentrale er at de som skal returneres ikke settes sammen personer som er dømt for al-

vorlig kriminalitet. Departementet mener derfor at norsk lov er i samsvar med direktivets bestemmelse.

---

<sup>19</sup> Møte i Brussel i Contact Committee «Return Directive» mellom Kommisjonen og medlemslandene.



## 12 Gjennomføring av direktivets regler om nødssituasjoner og avsluttende bestemmelser – Artikkel 18-23

### 12.1 Nødssituasjoner

---

Artikkel 18 åpner for å lage unntaksbestemmelser i forbindelse med fengsling hvor uvanlig mange utlendinger skal returneres. Det foreligger ingen adgang til å fravike viktige rettssikkerhetsgarantier ved fengsling i norsk rett under noen omstendigheter.

Høringsinstansene har ikke påpekt et slikt ønske og departementets vurdering er at det heller ikke er et behov for å opprette en slik unntaksbestemmelse.

### 12.2 Avsluttende bestemmelser

---

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

Gjennomføringsfristen for direktivet er 24. desember 2010.

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

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

## 13 Økonomiske og administrative konsekvenser

### 13.1 Departementets høringsnotat

Departementet la til grunn i høringsnotatet at gjennomføringen av returdirektivet vil medføre en årlig merutgift på 20,5 mill. kroner som følge av en økning i antall uvisningssaker og innføringen av et kontrollsystem.

### 13.2 Høringsinstansenes syn

*PU uttaler:*

«Etter utlendingsloven § 66 første ledd bokstav a siste alternativ kan utlendinger som unndrar seg gjennomføring av vedtak utvises. Vi har merket oss at direktivet legger opp til en strengere utvisningspraksis ved at utlendinger som ikke etterkommer et pålegg om utreise og utlendinger som ikke gis en periode for frivillig retur skal utvises. Som det er tatt høyde for i høringsnotatet vil dette medføre en økt arbeidsmengde for politiet som saksforberedende organ. Selv om denne utvisningspraksisen bare skal gjelde for en begrenset gruppe utlendinger, ser vi at likebehandlingshen-syn vil kunne medføre at også andre utlendinger, som i dag bortvises, ved implementeringen av direktivet må vurderes utvist. Om så blir tilfelle, vil politiets arbeidsmengde øke ytterligere.»

*UDI* og *UNE* har også påpekt at en skal-bestemmelse i forbindelse med utvisning vil kunne innebære langt flere vedtak om utvisning enn departementets estimat.

*UDI* uttaler i tillegg:

«Innsendelse av brev fra søkere med billettkopier og annen dokumentasjon vil for øvrig medføre mye ekstra arbeid for utlendingsforvaltningen med oversettelser og videre saksbehandling. Kostnader forbundet med omgjøring av feilaktig ilagte vedtak om utvisning og innreiseforbud er så vidt vi kan se ikke tatt med i høringsforslaget. Det er imidlertid vanskelig å si noe om hvor omfattende dette kan bli.»

### 13.3 Departementets vurdering

#### 13.3.1 Innledning

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

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

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

#### 13.3.2 Økt bruk av utvisningsinstituttet

##### 13.3.3 Innledning

Direktivet regulerer utvisning av personer som oppholder seg ulovlig i Norge. Som nevnt ovenfor i kapittel 9.5, vil direktivet i enkelte henseender føre til en strengere utvisningspraksis. Dette medfører at det vil bli fattet flere utvisningsvedtak.

Etter dagens praksis skal det vurderes å utvise utlendinger som har oversittet en utreisefrist med mer enn en måned. Som følge av direktivet skal det vurderes utvisning når en utreisefrist ikke er overholdt. I tillegg skal det utvises når utlendingen ikke er gitt en periode for frivillig retur. Det må presiseres at det ikke er tilgjengelig statistikk som med sikkerhet kan fastslå hva økningen i antall utvisningssaker blir som en direkte følge av gjennomføringen av returdirektivet.

Departementet tar utgangspunkt i at det årlig vil måtte fattes om lag 750 flere vedtak om utvis-

ning. Departementet har merket seg at enkelte av høringsinstansene har påpekt at en skal-bestemmelse knyttet til utvisning kan medføre en større økning i antall saker enn hva departementet legger til grunn. Departementet er enig i at tallene vil være beheftet med en viss grad av usikkerhet. Samtidig må det presiseres at det allerede i dag er strenge utvisningsregler knyttet til både politiets plikt til å opprette en utvisningssak og til ileggelse av innreiseforbud for ulovlig opphold og unndratt effektuering. På denne bakgrunn legger departementet allikevel til grunn en økning i antall utvisningssaker på 750, som en direkte konsekvens av direktivet.

### 13.3.4 Utgifter til UDI, UNE og rettshjelpsområdet

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

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

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

Innenfor fri rettshjelp og tolking, vil det også følge økte utgifter i denne sammenheng. Utlendinger som utvises på dette grunnlag har krav på fri rettshjelp og utgiftene til dette vil, med en økt saksmengde på 750 saker, øke med 2,8 mill. kroner årlig.

Endelig vil det være tolkeutgifter i forbindelse med fri rettshjelp i UDI og UNE på kr 2 500 pr. sak, til sammen 2,85 mill. kroner pr. år.

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

### 13.3.5 Utgifter til politiet

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

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

## 13.4 Kontrollsystem

---

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

Det vises til forslaget til en ny bestemmelse i utlendingsloven § 90 åttende ledd for å etablere et nærmere system for kontroll i forbindelse med tvangsreturer. Det nærmere innholdet av et slikt kontrollsystem er ikke fastlagt. Utgiftene anslås til om lag kr 400 000.

## 13.5 Konklusjon

---

Basert på de ovennevnte utgiftene vil det måtte påregnes en årlig merutgift på 12,2 mill. kroner til økt saksbehandling for UDI og UNE, 5,7 mill. kroner til fri rettshjelp og tolk, 2,2 mill. kroner til politiet som saksforberedende organ, samt kr 400 000 til et kontrollsystem. Til sammen 20,5 mill. kroner. Alle merutgifter som følger av gjennomføringen av returdirektivet vil bli dekket innenfor Justisdepartementets gjeldende bevilgninger.

## 14 Merknader til de enkelte bestemmelsene i lovforslaget

### *Til § 66 nytt annet ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 9.5. *Annet ledd* oppretter en skal-regel i forbindelse med utvisning av utlendinger uten oppholdstillatelse. I alle saker om utvisning, skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering i medhold av utlendingsloven § 70. Bestemmelsen gjennomfører returdirektivet artikkel 11 (1) (a) og (b). Utgangspunktet i § 90 sjette ledd er at vedtak iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise innen en fastsatt frist. Dersom utlendingen ikke overholder denne fristen, skal han utvises i medhold av § 66 annet ledd. Etter *bokstav b* skal utlendinger likeledes utvises der vedkommende ikke er gitt en frist for frivillig retur i medhold av § 90 sjette ledd bokstav a, b eller c.

### *Til § 71 annet ledd annet punktum*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 9.5. *Annet ledd annet punktum* senker nedre grense for innreiseforbudets lengde fra to til ett år. Direktivet oppstiller en streng utvisningsregel for mindre oversittelser av en utreisefrist, og det kan således være rimelig å ilegge et innreiseforbud med ett års varighet.

### *Til § 90 sjette til ellefte ledd*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 6.5. *Sjette ledd første punktum* endrer gjeldende bestemmelse ved at vedtak iverksettes ved at utlendingen pålegges å reise innen en nærmere fastsatt frist. Gjeldende bestemmelse åpner i tillegg for iverksettelse med en gang. Dette alternativ er strøket for å synliggjøre retten til en periode for frivillig retur. Hovedregelen er således at alle utlendinger skal få en periode for frivillig retur. *Annet punktum* er ny og oppstiller tidsrammen for perioden som er sju til tretti dager. *Tredje punktum* åpner for at det kan settes en lengre periode enn tretti dager. For selve vurderingen av om perioden for frivillig retur bør forlenges, vises det til kapittel 6.5. I tillegg åpner bestemmelsen for å gjøre unntak fra retten til en periode for frivillig retur

når ett av vilkårene i bokstav a til f kommer til anvendelse. *Bokstav a* gjelder når det er fare for at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av vedtaket. Det må i denne sammenheng foretas en konkret helhetsvurdering med utgangspunkt i § 106 a. *Bokstav b* åpner for umiddelbar iverksettelse når en søknad er avslått som åpenbar grunnløs eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger. Det må her være en årsakssammenheng mellom de opplysninger utlendingen fremsetter og avslaget på søknaden. *Bokstav c* omhandler tilfeller hvor utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser. *Bokstav d* gjelder i saker som faller inn under Dublin II-forordningen, hvor utlendingen sendes til et annet land som deltar i Dublin-samarbeidet. *Bokstav e* gjelder bortvisning og utvisning ved Schengen-yttergrense. Utlendingen må være stanset ved grensen eller i forlengelsen av den reisen hvor han faktisk krysset yttergrensen, for eksempel på den videre bussturen i etterkant av den ulovlige yttergrensepasseringen. *Bokstav f* omhandler utvisning som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Utlendingsloven § 66 første ledd bokstav f er ikke nevnt, siden persongruppen allerede omfattes av bokstav c. I tillegg omfattes utvisning i medhold av nye § 66 annet ledd.

*Sjuende ledd* viderefører i all hovedsak gjeldende rett. Det tilføyes imidlertid en adgang for politiet til å uttransportere utlendinger som ikke er gitt en utreisefrist. Ordningen med at beslutninger som gjelder iverksettelse ikke anses å være enkeltvedtak videreføres.

*Åttende ledd* begrenser adgangen til å uttransportere enslige mindreårige til familiemedlemmer, utnevnt verge eller til et annet forsvarlig omsorgstilbud. Bestemmelsen må ses i sammenheng med utlendingsloven § 38 annet ledd bokstav a, slik at alle de tre alternativene må utgjøre et forsvarlig omsorgstilbud. Bestemmelsen oppstiller en ekstra rettssikkerhetsgaranti for denne persongruppen. *Åttende ledd* gjennomfører direktivet artikkel 10 (2). Det åpnes for at det kan gis nærmere regler i forskrift.

*Niende ledd* gir en adgang til å gi regler i forskrift om fastsettelsen av en periode for frivillig retur. I tillegg kan det i forskrift gis nærmere regler om et system for kontroll av tvangsreturer. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 8 (6).

*Tiende og ellefte ledd* viderefører nåværende sjuende og åttende ledd i sin helhet.

#### *Til § 92 første ledd annet punktum*

I *første ledd annet punktum* inntas «første ledd» etter henvisningen til § 66. Endringen skjer på bakgrunn av at det opprettes et annet ledd i utvisningsbestemmelsen i utlendingsloven § 66. Det må således presiseres at retten til fritt rettsråd ikke gjelder i utvisningssaker i henhold til § 66 første ledd bokstav b og c.

#### *Til § 103 første ledd bokstav c*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 4.3.4. Bestemmelsen gjelder undersøkelse av utlendingens person, bolig eller lignende. Det innføres en henvisning i bestemmelsens første ledd bokstav c til ny § 106 a, hvor fare for unndragelse presiseres nærmere.

#### *Til § 104 annet ledd første punktum*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 4.3.4. Bestemmelsen gjelder beslag. Det innføres en henvisning i bestemmelsens annet ledd til ny § 106 a, hvor fare for unndragelse presiseres nærmere.

#### *Til § 105 første ledd bokstav b*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 4.3.4. Bestemmelsen gjelder meldeplikt og bestemt oppholdssted. Det innføres en henvisning i bestemmelsens første ledd bokstav b til ny § 106 a, hvor fare for unndragelse presiseres nærmere.

#### *Til § 106 første ledd bokstav b*

Det vises til de alminnelige motivene kapittel 4.3.4. Bestemmelsen gjelder pågrepelse og fengs-

ling. Det innføres en henvisning i bestemmelsens første ledd bokstav b til ny § 106 a, hvor fare for unndragelse presiseres nærmere.

#### *Til § 106 tredje ledd annet og tredje punktum*

Det vises til de alminnelige motivene i kapittel 11.1.5. *Annet og tredje punktum* er nye. *Annet punktum* gjennomfører direktivet artikkel 15 (5) og (6). Bestemmelsen snevrer inn adgangen til å fengsle utover 12 uker i forhold til hovedregelen i første punktum, når fengslingen skjer for å forberede eller gjennomføre en utsendelse. Manglende samarbeid fra utlendingen vil kunne foreligge når utlendingen ikke bidrar til å klarlegge sin identitet eller når utlendingen for øvrig handler på en slik måte at utsendelsen vanskeligjøres. Det vil i tillegg være adgang til å fengsle utover 12 uker når norske myndigheter må utsette en utsendelse på grunn av forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter. Forsinkelsen må skyldes forhold hos et annet land, og ikke unødig sen saksbehandling fra norske myndigheters side. *Tredje punktum* oppstiller en absolutt skranke for fengsling utover 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon. Det må således være det straffbare forholdet som har dannet grunnlag for utvisningsvedtaket.

#### *Til § 106 a*

Det vises til de alminnelige motivene i kapittel 4.3.4. Bestemmelsen angir forhold og momenter som skal hensyntas i vurderingen av om det foreligger unndragelsesfare. Vurderingen er konkret og må bygge på forhold hos utlendingen. I tillegg må det foretas en helhetsvurdering. Bestemmelsen lister opp ulike alternative momenter som kan være relevante for å avgjøre om fare for unndragelse foreligger. Oppstillingen er ikke ment å være uttømmende. Eksemplene kan alene, eller samlet, utgjøre en fare for unndragelse, men også andre forhold kan ha betydning for vurderingen. Det sentrale er om det foreligger forhold i det konkrete tilfellet som samlet sett kan anses å utgjøre en fare for at utlendingen vil unndra seg. Bestemmelsen gjennomfører direktivet artikkel 3 (7).

Endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)

Justis- og politidepartementet

t i l r å r :

At Deres Majestet godkjenner og skriver under et framlagt forslag til proposisjon til Stortinget om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet).

---

**Vi HARALD**, Norges Konge,

s t a d f e s t e r :

Stortinget blir bedt om å gjøre vedtak til lov om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet) i samsvar med et vedlagt forslag.

---

## Forslag

### til lov om endringer i utlendingsloven (gjennomføring av returdirektivet)

#### I

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

§ 66 nytt annet ledd skal lyde:

*Med mindre det vil være et uforholdsmessig tiltak, jf. § 70, skal en utlending uten oppholdstillatelse utvises*

- a) *når utlendingen ikke har overholdt plikten til å forlate riket innen utreisefristen gitt i medhold av § 90 sjette ledd,*
- b) *når utlendingen ikke er gitt en frist for frivillig retur*
  - *fordi det er fare for unndragelse, jf. § 90 sjette ledd bokstav a og § 106 a,*
  - *fordi en søknad er avslått som åpenbart grunnløs eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger, jf. § 90 sjette ledd bokstav b, eller*
  - *fordi utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser, jf. § 90 sjette ledd bokstav c.*

§ 71 annet ledd annet punktum skal lyde:  
Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men ikke for kortere tidsrom enn ett år.

§ 90 sjette til niende ledd skal lyde:

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

- a) *det er fare for unndragelse, jf. § 106 a,*
- b) *en søknad er avslått som åpenbart grunnløs eller som følge av vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger,*
- c) *utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser,*

d) *utlendingen omfattes av § 32 første ledd bokstav b,*

e) *utlendingen bortvises eller utvises ved Schengenyttergrensen, eller*

f) *utlendingen utvises etter § 66 første ledd bokstav b, c, e eller annet ledd eller §§ 67 eller 68.*

*Dersom slikt pålegg som nevnt i sjette ledd ikke blir fulgt, utreisefrist ikke er gitt, eller politiet anser det som mest sannsynlig at utlendingen ikke vil forlate riket innen utløpet av fristen, kan politiet føre utlendingen ut. Når særlige grunner taler for det, kan utlendingen bli ført til et annet land enn det vedkommende kom fra. Utlendinger som ikke har gyldig reisedokument, har plikt til å skaffe seg dette. Beslutninger som gjelder iverksetting, regnes ikke som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b.*

*Tvungen utsendelse av en enslig mindreårig skal bare skje til et familiemedlem, utnevnt verge eller til et annet forsvarlig omsorgstilbud. Kongen kan gi nærmere regler i forskrift.*

*Kongen kan gi nærmere regler i forskrift om fastsettelse av frist for frivillig retur og om innføring av et system for kontroll av tvangsreturer.*

§ 90 nåværende sjuende og åttende ledd blir nytt tiende og ellefte ledd.

§ 92 første ledd annet punktum skal lyde:  
Det gjelder likevel ikke i utvisningssaker i henhold til §§ 66 første ledd bokstav b og c, 67 første ledd bokstav a, b og c og 68 første ledd bokstav a og b.

§ 103 første ledd bokstav c skal lyde:

- c) *har reisedokument, billetter eller annet materiale som kan sikre iverksetting av vedtaket, og det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen, jf. § 106 a.*

§ 104 annet ledd første punktum skal lyde:  
Når det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, jf. § 106 a, kan det foretas beslag av reisedokumenter og

annet materiale som kan dokumentere utlendingens identitet.

§ 105 første ledd bokstav b skal lyde:

b) det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksetting av et vedtak, *jf. § 106 a*,

§ 106 første ledd bokstav b skal lyde:

b) det er mest sannsynlig at utlendingen vil unndra seg iverksettingen av vedtak som innebærer at utlendingen plikter å forlate riket, *jf. § 106 a*,

§ 106 tredje ledd annet og tredje punktum skal lyde:

*Fengsling for å forberede eller gjennomføre en utsendelse kan bare overstige 12 uker dersom utlendingen ikke samarbeider om utsendelsen eller det er forsinkelser med å fremskaffe nødvendige dokumenter fra et annet lands myndigheter. Fengsling kan ikke overstige 18 måneder, med mindre utlendingen er utvist som følge av ilagt straff eller særreaksjon.*

Ny § 106 a skal lyde:

§ 106 a *Fare for unndragelse*

*Fare for unndragelse skal vurderes konkret i det enkelte tilfelle. For å avgjøre om det foreligger unn-*

*dragelsesfare skal det foretas en totalvurdering hvor det blant annet kan legges vekt på om*

- a) *utlendingen har unndratt seg iverksetting av et vedtak som innebærer at utlendingen må forlate riket, herunder ikke overholdt en utreisefrist,*
- b) *utlendingen uttrykkelig har motsatt seg å forlate riket frivillig,*
- c) *utlendingen er utvist fra riket,*
- d) *utlendingen er ilagt straff eller særreaksjon i riket,*
- e) *utlendingen har vist manglende samarbeid ved identitetsvil,*
- f) *utlendingen unngår eller vanskeliggjør forbedelsen til en utsendelse,*
- g) *utlendingen har gitt uriktige opplysninger til norske myndigheter ved søknad om tillatelse,*
- h) *utlendingen har unnlatt å gi melding om endring av bopel, jf. § 19 annet ledd,*
- i) *utlendingen er ansvarlig for alvorlige ordensforstyrrelser ved innkvarteringssted for asylsøkere mv., jf. § 95 første og annet ledd, eller*
- j) *utlendingen er funnet å utgjøre en trussel mot grunnleggende nasjonale interesser.*

## II

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.



**Vedlegg 1**

## **Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/115/EF av 16. desember 2008 om felles standarder og prosedyrer i medlemsstatene for retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold**

EUROPAPARLAMENTET OG RÅDET FOR DEN EUROPEISKE UNION HAR —

under henvisning til traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, særlig artikkel 63 nr. 3) bokstav b),

under henvisning til forslag fra Kommisjonen, etter framgangsmåten fastsatt i traktatens artikkel 251<sup>20</sup>, og

ut fra følgende betraktninger:

1. Det europeiske råd fastla på sitt møte i Tampere 15. og 16. oktober 1999 en enhetlig tilnæringsmåte på innvandrings- og asylområdet, med innføring av en felles asylordning og en politikk for lovlig innvandring og kamp mot ulovlig innvandring.
2. Det europeiske råd oppfordret på sitt møte i Brussel 4. og 5. november 2004 til innføring av en effektiv utsendelses- og repatrieringspolitikk basert på felles standarder, slik at mennesker returneres på en human måte og med full respekt for deres grunnleggende rettigheter og verdighet.
3. Den 4. mai 2005 vedtok Europarådets ministerråd «20 retningslinjer for tvungen retur».
4. Det bør fastsettes klare, transparente og rettferdige regler for å oppnå en effektiv returpolitikk, som er en nødvendig del av en godt forvaltet migrasjonspolitikk.
5. Dette direktiv bør fastsette et sett med horisontale regler som skal gjelde for alle tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfyller vilkårene for innreise eller opphold i en medlemsstat.
6. Medlemsstatene bør sørge for at tredjelandsborgeres ulovlige opphold avsluttes gjennom en rettferdig og åpen prosedyre. I samsvar med de generelle prinsippene i EU-retten bør vedtak i henhold til dette direktiv gjøres etter en individuell vurdering av den enkelte sak og baseres på objektive kriterier, noe som innebærer at det tas hensyn til flere faktorer enn det ene faktum at oppholdet er ulovlig. Når medlemsstatene benytter standardskjemaer for vedtak i tilknytning til retur, det vil si returvedtak og eventuelt innreiseforbud og vedtak om uttransportering, må de respektere dette prinsippet og overholde alle gjeldende bestemmelser i dette direktiv.
7. Det understrekes at det for å lette returprosessen er nødvendig med fellesskapsavtaler og bilaterale avtaler med tredjeland om tilbaketakning. Internasjonalt samarbeid med opprinnelseslandene på alle stadier i returprosessen er en forutsetning for å oppnå varig retur.
8. Det erkjennes at medlemsstatene har en legitim rett til å returnere tredjelandsborgere med ulovlig opphold, forutsatt at det er innført rettferdige og effektive asylordninger med full respekt for prinsippet om vern mot retur («non-refoulement»).
9. I samsvar med rådsdirektiv 2005/85/EF av 1. desember 2005 om minstestandarder for prosedyrer for tildeling og tilbaketrekking av flyktningsstatus i medlemsstatene<sup>21</sup> bør en tredjelandsborger som har søkt asyl i en medlemsstat, ikke anses å oppholde seg ulovlig på denne medlemsstats territorium før et vedtak om avslag på søknaden eller et vedtak om at han eller hun ikke lenger har rett til opphold som asylsøker, er trådt i kraft.
10. Frivillig retur bør foretrekkes framfor tvangsretur når det ikke er noen grunn til å tro at dette vil kunne undergrave formålet med en returprosess, og det bør gis en frist for frivillig utreise. Fristen for frivillig utreise bør forlenges når det anses nødvendig ut fra spesifikke omstendigheter i den enkelte sak. For å stimulere til frivillig retur bør medlemsstatene gi økt

<sup>20</sup> Europaparlamentsuttalelse av 18. juni 2008 (ennå ikke offentliggjort i EUT) og rådsbeslutning av 9. desember 2008.

<sup>21</sup> EUT L 326 av 13.12.2005, s. 13.

- bistand og rådgivning i forbindelse med returen, og utnytte finansieringsmulighetene som tilbys gjennom Det europeiske fondet for retur best mulig.
11. Det bør innføres et felles minimumssett av rettssikkerhetsgarantier som skal gjelde ved vedtak i tilknytning til retur, for å sikre et effektivt vern av de berørte personers interesser. Nødvendig rettshjelp bør være tilgjengelig for dem som ikke selv har tilstrekkelige midler. Medlemsstatene bør i sin nasjonale lovgivning fastsette i hvilke tilfeller rettshjelp skal anses nødvendig.
  12. Det bør gjøres noe med situasjonen til tredjelandborgere som har ulovlig opphold, men som ennå ikke kan sendes ut. Deres grunnleggende behov for livsopphold bør fastlegges i samsvar med nasjonal lovgivning. For å kunne dokumentere sin spesielle situasjon i tilfelle av administrativ kontroll, bør disse personer forsynes med en skriftlig bekreftelse på sin situasjon. Medlemsstatene bør ha stort rom for skjønn med hensyn til den skriftlige bekreftelsens form og format, og bør også kunne inkludere den i vedtak i tilknytning til retur som gjøres i henhold til dette direktiv.
  13. Bruk av tvangsmidler bør være uttrykkelig undergitt prinsippene om forholdsmessighet og effektivitet med hensyn til midler og mål. Det bør innføres et minimum av beskyttelsesmekanismer i forbindelse med gjennomføring av tvangsretur, og det skal i den forbindelse tas hensyn til rådsvedtak 2004/573/EF av 29. april 2004 om organisering av felles utsendelse med fly fra to eller flere medlemsstaters territorium, av tredjelandborgere som er gjenstand for enkeltvedtak om utsendelse<sup>22</sup>. Medlemsstatene bør kunne benytte seg av flere forskjellige muligheter for å kontrollere tvangsretur.
  14. Virkningene av nasjonale returtiltak bør gis en europeisk dimensjon ved at det innføres et forbud mot innreise og opphold på alle medlemsstaters territorium. Når innreiseforbudets varighet besluttes, skal det tas hensyn til alle relevante forhold i den enkelte sak, og det bør normalt ikke overstige fem år. I denne forbindelse bør det legges særlig vekt på om den berørte tredjelandborgeren allerede har vært gjenstand for mer enn ett retur- eller uttransporteringsvedtak, eller har reist inn på en medlemsstats territorium mens vedkommende hadde innreiseforbud.
  15. Det bør være opp til medlemsstatene å bestemme om ny vurdering av vedtak i tilknytning til retur innebærer at klageinstansen eller klageorganet har myndighet til å erstatte det tidligere vedtaket med sitt eget.
  16. Bruk av frihetsberøvelse med sikte på uttransportering bør begrenses og være forholdsmessig med hensyn til midler og mål. Frihetsberøvelse er bare berettiget for å forberede retur eller gjennomføre uttransporteringen, og dersom tiltak som innebærer mindre tvang, ikke er tilstrekkelige.
  17. Tredjelandborgere underlagt frihetsberøvelse bør behandles humant og med verdighet, med respekt for deres grunnleggende rettigheter og i samsvar med folkeretten og nasjonal rett. Med forbehold for rettshåndhevingsmyndigheters første pågripelse, som reguleres av nasjonal lovgivning, bør regelen være at frihetsberøvelsen gjennomføres i lokaler som er særskilt beregnet til formålet.
  18. Medlemsstatene bør ha rask tilgang til informasjon om innreiseforbud utstedt av andre medlemsstater. Denne informasjonsutvekslingen bør finne sted i samsvar med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 1987/2006 av 20. desember 2006 om opprettelse, drift og bruk av annen generasjon av Schengen-informasjonssystemet (SIS II)<sup>23</sup>.
  19. Samarbeid mellom de involverte institusjoner på alle nivåer i returprosessen, og utveksling og fremme av anbefalt praksis, bør gå hånd i hånd med gjennomføringen av dette direktiv og tilføre en tilleggsverdi på europeisk nivå.
  20. Ettersom målene for dette direktiv, som er å fastsette felles regler for retur, uttransportering, bruk av tvangstiltak, frihetsberøvelse og innreiseforbud, ikke i tilstrekkelig grad kan nås av medlemsstatene og derfor på grunn av tiltakets omfang og virkning lettere kan nås på fellesskapsplan, kan Fellesskapet treffe tiltak i samsvar med nærhetsprinsippet, slik det er nedfelt i traktatens artikkel 5. I samsvar med forholdsmessighetsprinsippet, slik det er nedfelt i samme artikkel, går dette direktiv ikke lengre enn det som for dette formål er nødvendig.
  21. Medlemsstatene bør gjennomføre dette direktiv uten diskriminering på grunn av kjønn, rase, hudfarge, etnisk eller sosial opprinnelse, genetiske egenskaper, språk, religion eller tro, politiske eller andre meninger, tilknytning til en

<sup>22</sup> EUT L 261 av 6.8.2004, s. 28.

<sup>23</sup> EUT L 381 av 28.12.2006, s. 4.

- nasjonal minoritet, eiendom, fødsel, nedsatt funksjonsevne, alder eller seksuell legning.
22. I tråd med De forente nasjoners konvensjon om barnets rettigheter fra 1989 bør «barnets beste» være et grunnleggende hensyn for medlemsstatene i gjennomføringen av dette direktiv. I tråd med den europeiske konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter må respekten for familielivet være et grunnleggende hensyn for medlemsstatene i gjennomføringen av dette direktiv.
23. Anvendelsen av dette direktiv berører ikke de forpliktelser som følger av Genèvekonvensjonen om flyktningers stilling av 28. juli 1951, endret ved New York-protokollen av 31. januar 1967.
24. Dette direktiv respekterer de grunnleggende rettigheter og følger de prinsipper som er særlig nedfelt i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter.
25. I samsvar med artikkel 1 og 2 i protokollen om Danmarks stilling, som følger som vedlegg til traktaten om Den europeiske union og til traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, deltar Danmark ikke i vedtakelsen av dette direktiv, og det er ikke bindende for Danmark og får ikke anvendelse der. Ettersom dette direktiv – i den grad det gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfylder vilkårene for innreise etter Grenseforordningen<sup>24</sup> – bygger på Schengen-regelverket etter bestemmelsene i tredje del avdeling IV i traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, skal Danmark, i samsvar med artikkel 5 i nevnte protokoll, innen seks måneder etter at dette direktiv er vedtatt, beslutte om landet skal gjennomføre den i sin nasjonale lovgivning.
26. I den grad dette direktiv gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfylder vilkårene for innreise etter Grenseforordningen, utgjør det en videreutvikling av bestemmelser i Schengen-regelverket der Det forente kongerike ikke deltar, i samsvar med rådsbeslutning 2000/365/EF av 29. mai 2000 om anmodningen fra Det forente kongerike Storbritannia og Nord-Irland om å delta i visse bestemmelser i Schengen-regelverket<sup>25</sup>;
- videre, i samsvar med artikkel 1 og 2 i protokollen om Det forente kongerikes og Irlands stilling, som følger som vedlegg til traktaten om Den europeiske union og til traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, og med forbehold for artikkel 4 i nevnte protokoll, deltar Det forente kongerike ikke i vedtakelsen av dette direktiv, og det er derfor ikke i alle deler bindende for Det forente kongerike og får ikke anvendelse der.
27. I den grad dette direktiv gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfylder vilkårene for innreise etter Grenseforordningen, utgjør det en videreutvikling av bestemmelser i Schengen-regelverket der Irland ikke deltar, i samsvar med rådsbeslutning 2002/192/EF av 28. februar 2000 om anmodningen fra Irland om å delta i visse bestemmelser i Schengen-regelverket<sup>26</sup>; videre, i samsvar med artikkel 1 og 2 i protokollen om Det forente kongerikes og Irlands stilling, som følger som vedlegg til traktaten om Den europeiske union og til traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap, og med forbehold for artikkel 4 i nevnte protokoll, deltar Irland ikke i vedtakelsen av dette direktiv, og det er derfor ikke i alle deler bindende for Irland og får ikke anvendelse der.
28. Hva angår Island og Norge utgjør dette direktiv – i den grad det gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfylder vilkårene for innreise etter Grenseforordningen – en videreutvikling av bestemmelsene i Schengen-regelverket i henhold til avtalen som Rådet for Den europeiske union har inngått med Republikken Island og Kongeriket Norge om de sistnevnte statenes tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket, som hører inn under det område som er omhandlet i artikkel 1 C i rådsbeslutning 1999/437/EF<sup>27</sup> om visse gjennomføringsbestemmelser til avtalen.
29. Hva angår Sveits utgjør dette direktiv – i den grad det gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfylder vilkårene for innreise etter Grenseforordningen – en videreutvikling av bestemmelsene i Schengen-regelverket i henhold til avtalen mellom Den europeiske union, Det europeiske fellesskap og Det sveitsiske edsforbund om sistnevnte stats tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket,

<sup>24</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 562/2006 av 15. mars 2006 om innføring av fellesskapsregler som regulerer bevegelsen av personer over grenser (Grenseforordningen) (EUT L 105 av 13.4.2006, s. 1.)

<sup>25</sup> EUT L 131 av 1.6.2000, s. 43.

<sup>26</sup> EUT L 64 av 7.3.2002, s. 20.

<sup>27</sup> EUT L 176 av 10.7.1999, s. 31.

som hører inn under det område som er omhandlet i artikkel 1 C i beslutning 1999/437/EF sammenholdt med artikkel 3 i rådsbeslutning 2008/146/EF<sup>28</sup> om inngåelse av avtalen på vegne av Det europeiske fellesskap.

30. Hva angår Liechtenstein utgjør dette direktiv – i den grad det gjelder for tredjelandsborgere som ikke, eller ikke lenger, oppfyller vilkårene for innreise etter Grenseforordningen – en videreutvikling av bestemmelsene i Schengenregelverket i henhold til protokollen mellom Den europeiske union, Det europeiske fellesskap, Det sveitsiske edsforbund og Fyrstedømmet Liechtenstein om Fyrstedømmets tiltredelse til avtalen mellom Den europeiske union, Det europeiske fellesskap og Det sveitsiske edsforbund om sistnevnte stats tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket, som hører inn under det område som er omhandlet i artikkel 1 C i beslutning 1999/437/EF sammenholdt med artikkel 3 i rådsbeslutning 2008/261/EF<sup>29</sup> om undertegning på vegne av Det europeiske fellesskap og midlertidig anvendelse av visse bestemmelser i protokollen –

VEDTATT DETTE DIREKTIV:

### Kapittel I

## Alminnelige bestemmelser

### Artikkel 1

#### Formål

I dette direktiv fastsettes felles standarder og prosedyrer som skal anvendes i medlemsstatene ved retur av tredjelandsborgere med ulovlig opphold, i samsvar med de grunnleggende rettigheter som er generelle prinsipper i fellesskapsretten og folkeretten, herunder forpliktelser med hensyn til menneskerettigheter og beskyttelse av flykninger.

### Artikkel 2

#### Virkeområde

1. Dette direktiv får anvendelse på tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium.
2. Medlemsstatene kan bestemme at dette direktiv ikke skal få anvendelse på tredjelandsborgere som:

- a. er nektet innreise i samsvar med artikkel 13 i Grenseforordningen, eller som pågripes eller stanses av kompetente myndigheter i forbindelse med ulovlig passering av en medlemsstats ytre grense til lands, til sjøs eller med fly, og som ikke senere har fått tillatelse eller rett til opphold i vedkommende medlemsstat,
  - b. er ilagt en strafferettslig sanksjon som går ut på eller har til følge at de skal returneres, i samsvar med nasjonal lovgivning, eller som skal utleveres.
3. Dette direktiv får ikke anvendelse på personer som har rett til fri bevegelighet i henhold til fellesskapsretten, som definert i artikkel 2 nr. 5 i Grenseforordningen.

### Artikkel 3

#### Definisjoner

I dette direktiv menes med

1. «tredjelandsborger»: en person som ikke er unionsborger etter traktatens artikkel 17 nr. 1, og som ikke har rett til fri bevegelighet i henhold til fellesskapsretten, som definert i artikkel 2 nr. 5 i Grenseforordningen,
2. «ulovlig opphold»: tilstedeværelsen på en medlemsstats territorium av en tredjelandsborger som ikke, eller ikke lenger, oppfyller vilkårene for innreise som fastsatt i artikkel 5 i Grenseforordningen, eller andre vilkår for innreise eller opphold i vedkommende medlemsstat,
3. «retur»: den prosess som innebærer at en tredjelandsborger returnerer – enten frivillig i samsvar med en utreiseplikt, eller med tvang – til:
  - sitt opprinnelsesland, eller
  - et transittland i samsvar med fellesskapsavtaler eller bilaterale avtaler om tilbaketaking eller andre ordninger, eller
  - et annet tredjeland som den berørte tredjelandsborgeren frivillig bestemmer seg for å returnere til, og der han eller hun vil bli tatt imot,
4. «returvedtak»: en administrativ eller rettslig avgjørelse som sier eller erklærer at en tredjelandsborgers opphold er ulovlig, og som pålegger eller fastslår en utreiseplikt,
5. «uttransportering»: håndheving av utreiseplikten, det vil si fysisk transport ut av medlemsstaten,
6. «innreiseforbud»: en administrativ eller rettslig avgjørelse som forbyr innreise og opphold på medlemsstatenes territorium i et bestemt tidsrom, og som følger med et returvedtak,

<sup>28</sup> EUT L 53 av 27.2.2008, s. 1.

<sup>29</sup> EUT L 83 av 26.3.2008, s. 3.

7. «fare for unndragelse»: tilfeller der det i en konkret sak foreligger grunner, basert på objektive kriterier fastlagt ved lov, til å tro at en tredjelandsborger som skal returneres, kan komme til å unndra seg,
8. «frivillig utreise»: oppfyllelse av utreiseplikten innen den fastsatte fristen i returvedtaket,
9. «sårbare personer»: mindreårige, enslige mindreårige, personer med nedsatt funksjonsevne, eldre, gravide, aleneforeldre med mindreårige barn og personer som har vært utsatt for tortur, voldtekt eller andre alvorlige former for psykisk, fysisk eller seksualisert vold.

#### Artikkel 4

##### Gunstigere bestemmelser

1. Dette direktiv berører ikke gunstigere bestemmelser i
  - a. bilaterale eller multilaterale avtaler mellom Fellesskapet eller Fellesskapet og dets medlemsstater på den ene siden og ett eller flere tredjeland på den andre siden,
  - b. bilaterale eller multilaterale avtaler mellom en eller flere medlemsstater og ett eller flere tredjeland.
2. Dette direktiv berører ikke bestemmelser som kan være gunstigere for tredjelandsborgeren, og som er fastlagt i gjeldende fellesskapsrett om innvandring og asyl.
3. Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes rett til å vedta eller opprettholde bestemmelser som er gunstigere for dem det får anvendelse på, forutsatt at disse bestemmelser er forenlige med dette direktiv.
4. Med hensyn til tredjelandsborgere som i samsvar med artikkel 2 nr. 2 bokstav a) ikke omfattes av dette direktiv, skal medlemsstatene:
  - a. sikre at deres behandling og beskyttelsesnivå ikke er mindre gunstig enn det som er fastsatt i artikkel 8 nr. 4 og 5 (begrensninger på bruk av tvangstiltak), artikkel 9 nr. 2 bokstav a) (utsatt uttransportering), artikkel 14 nr. 1 bokstav b) og d) (øyeblikkelig helsehjelp og hensynet til sårbare persons behov), og artikkel 16 og 17 (forhold under frihetsberøvelse), og
  - b. respektere vernet mot retur.

#### Artikkel 5

##### Vern mot retur, barnets beste, familieliv og helsetilstand

Medlemsstatene skal i gjennomføringen av dette direktiv ta behørig hensyn til:

- a. barnets beste,
- b. familieliv,
- c. den berørte tredjelandsborgerens helsetilstand,

og respektere vernet mot retur.

#### Kapittel II

##### Avslutning av ulovlig opphold

#### Artikkel 6

##### Returvedtak

1. Medlemsstatene skal utferdige et returvedtak til alle tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på deres territorium, med forbehold for unntakene nevnt i nr. 2 – 5.
2. Tredjelandsborgere som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium og har gyldig oppholdstillatelse eller annen tillatelse som gir rett til opphold, utstedt av en annen medlemsstat, skal pålegges å begi seg umiddelbart til den andre medlemsstatens territorium. Dersom den berørte tredjelandsborgeren ikke etterkommer dette kravet, eller dersom det av hensyn til nasjonal sikkerhet eller offentlig orden er påkrevet at tredjelandsborgeren forlater territoriet umiddelbart, får nr. 1 anvendelse.
3. Medlemsstatene kan unnlate å utferdige et returvedtak til en tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig på dens territorium, dersom den berørte tredjelandsborgeren tas tilbake av en annen medlemsstat i henhold til en bilateral avtale eller ordning som foreligger den dag dette direktiv trer i kraft. I et slikt tilfelle skal medlemsstaten som har tatt tilbake den berørte tredjelandsborgeren, anvende nr. 1.
4. Medlemsstatene kan på ethvert tidspunkt beslutte å gi en tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig på deres territorium, en selvstendig oppholdstillatelse eller annen tillatelse som gir rett til opphold av medmenneskelige, humanitære eller andre årsaker. I et slikt tilfelle skal det ikke utferdiges returvedtak. Dersom et returvedtak allerede er utferdiget, skal det trekkes tilbake eller stilles i bero så lenge oppholdstillatelsen eller annen tillatelse som gir rett til opphold, er gyldig.

5. Dersom en tredjelandsborger som oppholder seg ulovlig på en medlemsstats territorium, har søknad inne om fornyelse av sin oppholdstillatelse eller annen tillatelse som gir rett til opphold, skal vedkommende medlemsstat vurdere å unnlate å utferdige et returvedtak til søknaden er ferdigbehandlet, uten at dette skal berøre nr. 6.
6. Dette direktiv skal ikke være til hinder for at medlemsstatene gjør vedtak om avslutning av et lovlig opphold samtidig med et returvedtak og/eller et vedtak om uttransportering og/eller et innreiseforbud i en og samme administrative eller rettslige avgjørelse, i samsvar med nasjonal lovgivning, med forbehold for de prosessuelle sikkerhetsmekanismer som foreligger i henhold til kapittel III og i henhold til andre relevante bestemmelser i fellesskapsretten og nasjonal rett.

#### Artikkel 7

##### Frivillig utreise

1. Et returvedtak skal inneholde en passende frist for frivillig utreise på mellom sju og tretti dager, med forbehold for unntakene omhandlet i nr. 2 og 4. Medlemsstatene kan i sin nasjonale lovgivning bestemme at en slik frist bare skal gis etter søknad fra den berørte tredjelandsborgeren. Medlemsstatene skal i så fall informere de berørte tredjelandsborgere om muligheten for å søke om dette.  
Fristen fastsatt i første ledd skal ikke være til hinder for at de berørte tredjelandsborgere kan reise tidligere.
2. Medlemsstatene skal om nødvendig forlenge fristen for frivillig utreise med et passende tidsrom, og det skal da tas hensyn til de spesifikke omstendighetene i saken, som for eksempel oppholdets lengde, barn som går på skole og andre familiemessige og sosiale bånd.
3. I perioden fram mot frivillig utreise kan det pålegges visse forpliktelser med sikte på å unngå fare for unndragelse, som for eksempel en plikt til å melde seg hos myndighetene med jevne mellomrom, til å stille en tilfredsstillende økonomisk garanti, til å levere inn dokumenter eller til å oppholde seg på et bestemt sted.
4. Dersom det er fare for unndragelse, eller dersom en søknad om lovlig opphold er avslått som åpenbart grunnløs eller falsk, eller dersom vedkommende er en fare for offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet, kan medlemsstatene unnlate å gi en frist for frivillig utreise, eller de kan gi en kortere frist enn sju dager.

#### Artikkel 8

##### Uttransportering

1. Medlemsstatene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å håndheve returvedtaket dersom det ikke er gitt noen frist for frivillig utreise i samsvar med artikkel 7 nr. 4, eller dersom utreiseplikten ikke er oppfylt innen en frist for frivillig utreise gitt i samsvar med artikkel 7.
2. Dersom en medlemsstat har gitt en frist for frivillig utreise i samsvar med artikkel 7, kan returvedtaket håndheves først etter at fristen er utløpt, med mindre det oppstår en fare som nevnt i artikkel 7 nr. 4 i dette tidsrommet.
3. Medlemsstatene kan vedta en egen administrativ eller rettslig avgjørelse om uttransportering.
4. Når medlemsstatene – som en siste utvei – benytter tvangstiltak for å gjennomføre uttransportering av en tredjelandsborger som motsetter seg dette, skal tiltakene være forholdsmessige og ikke innebære mer tvang enn hva som er rimelig. De skal gjennomføres i tråd med nasjonal lovgivning, i samsvar med grunnleggende rettigheter og med behørig respekt for tredjelandsborgerens verdighet og fysiske integritet.
5. Når uttransporteringen gjennomføres med fly, skal medlemsstatene ta hensyn til de felles retningslinjer om sikkerhetstiltak ved felles uttransportering med fly som følger som vedlegg til vedtak 2004/573/EF.
6. Medlemsstatene skal innføre et effektivt system for kontroll av tvangsretur.

#### Artikkel 9

##### Utsatt uttransportering

1. Medlemsstatene skal utsette uttransporteringen
  - a. når den ville være i strid med vernet mot retur, eller
  - b. så lenge utsatt iverksetting er gitt i samsvar med artikkel 13 nr. 2.
2. Medlemsstatene kan, ut fra de spesifikke omstendighetene i saken, utsette uttransporteringen med et passende tidsrom. Medlemsstatene skal særlig ta hensyn til:
  - a. tredjelandsborgerens fysiske tilstand eller mentale evner,

- b. tekniske årsaker, som for eksempel manglende transportkapasitet, eller at uttransporteringen ikke har latt seg gjennomføre på grunn av manglende identifikasjon.
3. Dersom uttransporteringen utsettes i henhold til nr. 1 og 2, kan den berørte tredjelandsborger pålegges de forpliktelser som er angitt i artikkel 7 nr. 3.

#### Artikkel 10

#### Retur og uttransportering av enslige mindreårige

1. Før det treffes en beslutning om å utferdige et returvedtak for en enslig mindreårig, skal det gis bistand fra kompetente organer, som ikke er de myndigheter som skal iverksette returen, og det skal i denne forbindelse tas hensyn til barnets beste.
2. Før en enslig mindreårig uttransporteres fra en medlemsstats territorium, skal denne medlemsstats myndigheter ha forvissnet seg om at den mindreårige vil bli sendt tilbake til et familiemedlem, en oppnevnt verge eller et tilfredsstillende mottaksapparat i returstaten.

#### Artikkel 11

#### Innreiseforbud

1. Et returvedtak skal ledsages av et innreiseforbud
  - a. dersom det ikke er gitt noen frist for frivillig utreise, eller
  - b. dersom utreiseplikten ikke er overholdt.  
I andre tilfeller kan et returvedtak ledsages av et innreiseforbud.
2. Innreiseforbudets varighet skal avgjøres med behørig hensyn til alle relevante omstendigheter i den enkelte sak, og skal i prinsippet ikke overstige fem år. Det kan imidlertid overstige fem år dersom tredjelandsborgeren representerer en alvorlig trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet.
3. Medlemsstatene skal vurdere å trekke tilbake eller stille i bero et innreiseforbud når en tredjelandsborger som har fått et slikt forbud i samsvar med nr. 1 annet ledd, kan godtgjøre at han eller hun har forlatt en medlemsstats territorium i fullt samsvar med et returvedtak.

Personer som er ofre for menneskehandel, og som har fått oppholdstillatelse i henhold til rådsdirektiv 2004/81/EF av 29. april 2004 om oppholdstillatelse til tredjelandsborgere som

er ofre for menneskehandel, eller som har fått hjelp til ulovlig innvandring, og som samarbeider med kompetente myndigheter<sup>30</sup>, skal ikke ha innreiseforbud, med forbehold for nr. 1 første ledd bokstav b), og forutsatt at vedkommende tredjelandsborger ikke representerer en trussel mot offentlig orden, offentlig sikkerhet eller nasjonal sikkerhet.

I enkeltsaker kan medlemsstatene unnlate å utferdige, trekke tilbake eller stille i bero et innreiseforbud av humanitære årsaker.

Medlemsstatene kan i enkeltsaker eller i bestemte typer saker trekke tilbake eller midlertidig oppheve et innreiseforbud av andre årsaker.

4. Når en medlemsstat vurderer å gi oppholdstillatelse eller annen tillatelse som gir rett til opphold, til en tredjelandsborger som har fått innreiseforbud av en annen medlemsstat, skal den først rådføre seg med medlemsstaten som har gitt innreiseforbudet, og skal ta hensyn til dens interesser i samsvar med artikkel 25 i konvensjonen om gjennomføring av Schengen-avtalen<sup>31</sup>.
5. Nr. 1 – 4 får anvendelse med forbehold for retten til internasjonal beskyttelse i medlemsstatene, slik dette er definert i artikkel 2 bokstav a) i rådsdirektiv 2004/83/EF av 29. april 2004 om minstestandarder for anerkjennelse av tredjelandsborgere eller statsløse personer som flyktninger, eller som personer som på annen måte trenger internasjonal beskyttelse, og om hva en slik beskyttelse innebærer<sup>32</sup>.

#### Kapittel III

#### Prosessuelle sikkerhetsmekanismer

#### Artikkel 12

#### Form

1. Returvedtak og eventuelt vedtak om innreiseforbud og vedtak om uttransportering skal utferdiges skriftlig og være faktisk og rettslig begrunnet, og opplyse om hvilke rettsmidler som er til rådighet.

Opplysningene om faktiske grunner kan begrenses når retten til informasjon kan begrenses i henhold til nasjonal lovgivning, især for å trygge nasjonal sikkerhet, nasjonalt forsvar og offentlig sikkerhet, og for å

<sup>30</sup> EUT L 261 av 6.8.2004, s. 19.

<sup>31</sup> EUT L 239 av 22.9.2000, s. 19.

<sup>32</sup> EUT L 304 av 30.9.2004, s. 12.

hindre, etterforske, oppdage og rettsforfølge straffbare forhold.

2. Medlemsstatene skal på anmodning sørge for en skriftlig eller muntlig oversettelse av hovedpunktene i vedtak i tilknytning til retur som nevnt i nr. 1, herunder opplysning om hvilke rettsmidler som er til rådighet, på et språk som tredjelandsborgeren forstår eller med rimelighet kan antas å forstå.
3. Medlemsstatene kan beslutte at nr. 2 ikke skal gjelde for tredjelandsborgere som har tatt seg ulovlig inn på en medlemsstats territorium, og som ikke senere har fått tillatelse eller rett til opphold i vedkommende medlemsstat.

I slike tilfeller skal vedtak i tilknytning til retur som nevnt i nr. 1 utferdiges på et standard skjema i henhold til nasjonal lovgivning.

Medlemsstatene skal sørge for at generell informasjon om hovedpunktene i standard skjemaet er tilgjengelig på minst fem av de språk som oftest blir benyttet eller forstått av personer som har tatt seg ulovlig inn i vedkommende medlemsstat.

#### Artikkel 13

##### Rettsmidler

1. Den berørte tredjelandsborgeren skal tilbys en effektiv mulighet for å påklage eller begjære overprøving av vedtak i tilknytning til retur som nevnt i artikkel 12 nr. 1, ved en kompetent rettslig eller administrativ myndighet eller et kompetent organ sammensatt av medlemmer som er upartiske og er sikret uavhengighet.
2. Den myndighet eller det organ som er nevnt i nr. 1, skal ha myndighet til å overprøve vedtak i tilknytning til retur som nevnt i artikkel 12 nr.1, herunder mulighet for å sørge for at håndhevingen utsettes, med mindre en utsettelse allerede får anvendelse etter nasjonal lovgivning.
3. Den berørte tredjelandsborgeren skal ha mulighet for å få juridisk rådgivning, bli representert og om nødvendig få språklig bistand.
4. Medlemsstatene skal sørge for at det på anmodning gis nødvendig kostnadsfri juridisk bistand og/eller representasjon i samsvar med relevant nasjonal lovgivning eller regler om rettshjelp, og kan bestemme at vilkårene i artikkel 15 nr. 3 – 6 i direktiv 2005/85/EF skal gjelde for slik gratis rettslig bistand og/eller representasjon.

#### Artikkel 14

##### Beskyttelsesmekanismer i påvente av retur

1. Medlemsstatene skal, med unntak for den situasjon som er omhandlet i artikkel 16 og 17, sørge for at det i størst mulig grad tas hensyn til følgende prinsipper i perioden fram til frivillig utreise, innvilget i henhold til artikkel 7, og i perioder der uttransporteringen er utsatt i henhold til artikkel 9:
  - a. familiemedlemmer som oppholder seg på deres territorium, skal holdes samlet,
  - b. det skal gis øyeblikkelig helsehjelp og helt nødvendig sykdomsbehandling,
  - c. avhengig av oppholdets lengde skal mindreårige gis tilgang til grunnskoleundervisning,
  - d. det skal tas hensyn til sårbare personers særlige behov.
2. Medlemsstatene skal gi personer nevnt i nr. 1 en skriftlig bekreftelse, i samsvar med nasjonal lovgivning, på at fristen for frivillig utreise er forlenget i samsvar med artikkel 7 nr. 2, eller på at returvedtaket inntil videre ikke vil bli håndhevet.

#### Kapittel IV

##### Frihetsberøvelse med sikte på uttransportering

#### Artikkel 15

##### Frihetsberøvelse

1. Med mindre andre tiltak som er tilstrekkelige men innebærer mindre tvang, kan anvendes effektivt i en konkret sak, kan medlemsstatene frihetsberøve en tredjelandsborger som skal returneres, men bare for å forberede returen og/eller gjennomføre uttransporteringen, særlig når:
  - a. det foreligger fare for unndragelse, eller
  - b. den berørte tredjelandsborgeren unngår eller vanskeliggjør forberedelsen av returen eller uttransporteringen.

All frihetsberøvelse skal være så kortvarig som mulig og kan kun opprettholdes, så lenge uttransporteringen er under forberedelse og gjennomføres med tilstrekkelig hurtighet.
2. Frihetsberøvelse skal besluttes av administrative eller rettslige myndigheter.
 

Beslutning om frihetsberøvelse skal være skriftlig, med faktisk og rettslig begrunnelse.



Når frihetsberøvelse er besluttet av administrative myndigheter, skal medlemsstatene:

- a. enten sørge for en rask rettslig prøving av frihetsberøvelsens lovliggheit så snart som mulig etter at tredjelandsborgeren er frihetsberøvet,
- b. eller gi den berørte tredjelandsborgeren rett til å ta rettslige skritt for å få en rask rettslig prøving av frihetsberøvelsens lovliggheit, som skal gjennomføres så snart som mulig etter at den aktuelle prosedyren er innledet. I et slikt tilfelle skal medlemsstatene umiddelbart underrette den berørte tredjelandsborgeren om muligheten for å ta slike rettslige skritt.

Den berørte tredjelandsborgeren skal løslates umiddelbart dersom frihetsberøvelsen er rettsstridig.

3. Avgjørelsen om frihetsberøvelse skal i hvert enkelt tilfelle prøves på nytt med rimelige mellomrom, enten på anmodning fra den berørte tredjelandsborgeren eller ex officio. Når frihetsberøvelsen er langvarig, skal prøvingen undergis tilsyn av en rettslig myndighet.
4. Når det viser seg at det av rettslige eller andre grunner ikke lenger er rimelig å regne med uttransport, eller vilkårene i nr. 1 ikke lenger er til stede, er frihetsberøvelse ikke lenger berettiget og vedkommende skal løslates umiddelbart.
5. Frihetsberøvelsen skal opprettholdes så lenge vilkårene i nr. 1 er til stede, og så lenge det er nødvendig for å sikre uttransport. Hver medlemsstat skal fastsette et begrenset tidsrom for frihetsberøvelse, som ikke kan overstige seks måneder.
6. Medlemsstatene kan ikke forlenge tidsrommet nevnt i nr. 5 unntatt for en begrenset periode som ikke overstiger ytterligere 12 måneder, i samsvar med nasjonal lovgivning, i tilfeller der uttransporteringsprosessen til tross for alle rimelige bestrebelser sannsynligvis vil ta lengre tid på grunn av:
  - a. manglende samarbeid fra den berørte tredjelandsborgerens side, eller
  - b. forsinket innhenting av nødvendig dokumentasjon fra tredjeland.

#### Artikkel 16

##### Forholdene under frihetsberøvelse

1. Frihetsberøvelse skal som hovedregel gjennomføres i lokaler som er særskilt beregnet til formålet. Når en medlemsstat ikke kan tilby frihetsberøvelse i et slikt lokale og er nødt til å benytte et vanlig fengsel, skal tredjelandsborgere underlagt frihetsberøvelse holdes atskilt fra de øvrige innsatte.

2. Tredjelandsborgere underlagt frihetsberøvelse skal — på anmodning — gis mulighet til å ta kontakt i tide med sine rettslige representanter, familiemedlemmer og kompetente konsullære myndigheter.
3. Situasjonen for sårbare personer skal vies særlig oppmerksomhet. Det skal gis øyeblikkelig helsehjelp og helt nødvendig sykdomsbehandling.
4. Relevante og kompetente nasjonale, internasjonale og ikke-statlige organisasjoner og organer skal ha mulighet for å besøke lokalene for frihetsberøvelse som nevnt i nr. 1, i den grad de benyttes til frihetsberøvelse av tredjelandsborgere i samsvar med dette kapittel. Det kan kreves tillatelse til å gjennomføre slike besøk.
5. Tredjelandsborgere underlagt frihetsberøvelse skal systematisk få informasjon om de regler som gjelder i lokalene for frihetsberøvelse, og om sine rettigheter og plikter. Det skal også informeres om deres rett etter nasjonal lovgivning til å ta kontakt med de organisasjoner og organer som er nevnt i nr. 4.

#### Artikkel 17

##### Frihetsberøvelse av mindreårige og familier

1. Enslige mindreårige og familier med mindreårige skal kun frihetsberøves som siste utvei og så kortvarig som mulig.
2. Familier som er frihetsberøvet i påvente av uttransport, skal innkvarteres for seg, slik at de sikres tilstrekkelig privatliv.
3. Mindreårige underlagt frihetsberøvelse skal ha mulighet for å delta i fritidsaktiviteter, herunder lek og fritidsaktiviteter som passer for barnets alder, og skal, avhengig av oppholdets lengde, ha tilgang til undervisning.
4. Enslige mindreårige skal så langt det er mulig bo i institusjoner med personale og fasiliteter som ivaretar behovene til personer på deres alder.
5. Barnets beste skal være et grunnleggende hensyn når mindreårige frihetsberøves i påvente av uttransportering.

#### Artikkel 18

##### Nødsituasjoner

1. Når antallet tredjelandsborgere som skal returneres er uvanlig stort og legger en uforutsett stor byrde på kapasiteten til en medlemsstats lokaler for frihetsberøvelse eller på dens administrative eller rettslige personale, kan denne medlemsstat så lenge den ekstraordinære situasjonen vedvarer, vedta å tillate frister for rettslig prøving som er lengre enn fastsatt etter

artikkel 15 nr. 2 tredje ledd, og å treffe hastetiltak med hensyn til forhold under frihetsberøvelse som avviker fra artikkel 16 nr. 1 og artikkel 17 nr. 2.

2. Når en medlemsstat griper til slike ekstraordinære tiltak, skal den underrette Kommisjonen. Den skal også underrette Kommisjonen straks begrunnelsen for å anvende disse ekstraordinære tiltakene ikke lenger er til stede.
3. Ingen bestemmelse i denne artikkel skal tolkes slik at den gir medlemsstatene adgang til å fravike sin generelle plikt til å treffe alle hensiktsmessige tiltak, enten de er generelle eller særlige, for å sikre oppfyllelse av sine forpliktelser etter dette direktiv.

## Kapittel V

### Sluttbestemmelser

#### Artikkel 19

##### Rapportering

Kommisjonen skal hvert tredje år gi Europaparlamentet og Rådet en rapport om anvendelsen av dette direktiv i medlemsstatene, og eventuelt foreslå endringer.

Kommisjonen skal rapportere første gang innen 24. desember 2013, og skal da legge vekt på anvendelsen av artikkel 11, artikkel 13 nr. 4 og artikkel 15 i medlemsstatene. Kommisjonen skal med hensyn til artikkel 13 nr. 4 særlig vurdere de økonomiske og administrative konsekvensene i medlemsstatene.

#### Artikkel 20

##### Innarbeiding i nasjonal lovgivning

1. Medlemsstatene skal sette i kraft de lover og forskrifter som er nødvendige for å etterkomme dette direktiv, innen 24. desember 2010. Med hensyn til artikkel 13 nr. 4 skal medlemsstatene sette i kraft de lover og forskrifter som er nødvendige for å etterkomme dette

direktiv, innen 24. desember 2011. De skal umiddelbart oversende Kommisjonen teksten til disse tiltakene.

Disse bestemmelsene skal, når de vedtas av medlemsstatene, inneholde en henvisning til dette direktiv, eller det skal vises til direktivet når de kunngjøres. Nærmere regler om henvisningen skal fastsettes av medlemsstatene.

2. Medlemsstatene skal oversende Kommisjonen teksten til de viktigste internrettslige bestemmelser som de vedtar på det område dette direktiv omhandler.

#### Artikkel 21

##### Forholdet til Schengen-konvensjonen

Dette direktiv erstatter bestemmelsene i artikkel 23 og 24 i konvensjonen om gjennomføring av Schengen-avtalen.

#### Artikkel 22

##### Ikrafttredelse

Dette direktiv skal tre i kraft den tjuende dagen etter at det er kunngjort i Den europeiske unions tidende.

#### Artikkel 23

##### Adressater

Dette direktiv er rettet til medlemsstatene i samsvar med traktaten om opprettelse av Det europeiske fellesskap.

Utferdiget i Strasbourg, 16. desember 2008.

For Europaparlamentet

H.-G. Pöttering

President

For Rådet

B. Le Maire

Formann





Offentlige institusjoner kan bestille flere eksemplarer fra:  
Departementenes servicesenter  
Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefon: 22 24 20 00

Opplysninger om abonnement, løssalg og pris får man hos:  
Fagbokforlaget  
Postboks 6050, Postterminalen  
5892 Bergen  
E-post: [offpub@fagbokforlaget.no](mailto:offpub@fagbokforlaget.no)  
Telefon: 55 38 66 00  
Faks: 55 38 66 01  
[www.fagbokforlaget.no/offpub](http://www.fagbokforlaget.no/offpub)

Publikasjonen er også tilgjengelig på [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no)

Trykk: Lobo Media AS 9/2010

